

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES EFFETS

de

L'attribution à l'un des cohéritiers

du

Prix d'adjudication d'un immeuble héréditaire

A l'égard des créanciers ayant hypothèque sur cet immeuble

Du chef d'un autre héritier

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mercredi 9 juin 1909, à 1 heure

PAR

M. BARATGIN

Président M. MASSIGLI.

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{M. BARTIN, professeur.} \\ \text{M. PERCEROU, agrégé.} \end{array} \right.$

PARIS

JULES ROUSSET

1 RUE CASIMIR-DELAVIGNE ET RUE MONSIEUR-LE-PRINCE, 12

1909

DES EFFETS
de
L'attribution à l'un des cohéritiers
du
Prix d'adjudication d'un immeuble héréditaire
A l'égard des créanciers ayant hypothèque sur cet immeuble
Du chef d'un autre héritier

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le Mercredi 9 juin 1909, à 1 heure

PAR

M. BARATGIN

Président M. MASSIGLI.

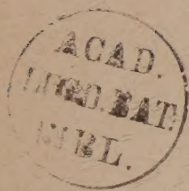
Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{M. BARTIN, professeur.} \\ \text{M. PERCEROU, agrégé.} \end{array} \right.$

PARIS

JULES ROUSSET

1 RUE CASIMIR-DELAVIGNE ET RUE MONSIEUR-LE-PRINCE, 12

1909



THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation
ni improbation aux opinions émises dans les thèses ;
ces opinions doivent être considérées comme propres
à leurs auteurs.

DES EFFETS
de
L'attribution à l'un des cohéritiers
du
Prix d'adjudication d'un immeuble héréditaire
A l'égard des créanciers ayant hypothèque sur cet immeuble
Du chef d'un autre héritier

GÉNÉRALITÉS

La pratique offre de fréquents exemples des conflits qui peuvent naître entre les héritiers attributaires du prix d'adjudication d'un immeuble de succession et les créanciers ayant hypothèque sur cet immeuble du chef d'un autre héritier.

Il faut remarquer tout d'abord que si l'adjudicataire est l'un des successibles, les dispositions de l'article 883 du Code Civil consacrant l'effet déclaratif du partage écartent toute difficulté : l'héritier, censé n'avoir jamais eu de droits sur l'immeuble licité au profit de son cohéritier, n'a pu le grever utilement d'un droit d'hypothèque (Arg., art. 2125, C. C.) et l'attribution ne sau-

rait en elle-même, modifier les droits de son créancier hypothécaire (1).

Mais si un étranger s'est rendu adjudicataire, la licitation n'est plus assimilée à un acte de partage, elle *vaut vente* suivant l'expression courante, et au cas où un colicitant a hypothéqué sa part indivise dans l'immeuble, la question se pose de savoir, si son créancier pourra valablement se faire colloquer à concurrence de la part virile de son débiteur dans le prix d'adjudication, même si par un partage ultérieur il en est fait attribution en totalité aux autres héritiers, ou s'il devra se contenter des biens mis au lot de son débiteur, ce qui détruira le bénéfice de son hypothèque et pourra réduire à néant l'effet de sa créance, si ce dernier est insolvable.

Un exemple fera clairement comprendre la situation :

(1) L'assimilation à un acte de partage de la licitation qui ne s'est pas terminée au profit d'un étranger a donné lieu à de vives controverses au cas où elle ne mettait pas fin à l'indivision d'une manière absolue. Pendant longtemps la Cour de Cassation, d'accord avec un certain nombre d'auteurs (Aubry et Rau, tome VI, § 225. Demolombe, *Successions*, tome V, § 684), a exigé que la licitation fît cesser l'indivision à l'égard de tous les héritiers (Civ., 10 nov. 1862. D. P. 62-1-470; Civ., 23 avril 1884. D. P. 85-1-19; Civ., 4 mars 1891. D. P. 91-1-313). Elle a abandonné cette rigueur dans un arrêt du 21 mars 1893 (D. P. 96-1-9). Cette jurisprudence déjà suivie par certaines Cour d'Appel (Bordeaux, 24 déc. 1889. D. P. 90-2-182; Besançon, 23 déc. 1891, S92-2-258) et approuvée actuellement par la majorité de la doctrine, semble définitivement établie. Voir Planiol, t. III, § 2394.

Un père de famille décède laissant deux enfants dont l'un Primus a déjà reçu en avancement d'hoirie une somme de 50.000 francs. La fortune du défunt se compose uniquement d'un immeuble impartageable en nature qui, vendu sur licitation, a été adjugé à un étranger moyennant 50.000 francs.

La masse à partager entre les deux frères comprendra donc le prix d'adjudication.....	50.000 fr.
et, en outre, le montant de la donation dont Primus doit effectuer le rapport.....	50.000 fr.
soit au total.....	100.000 fr.

Primus se trouvera rempli de ses droits en conservant la donation qui lui a été faite et Secundus se fera attribuer la totalité du prix d'adjudication sur lequel Primus ne saurait prétendre droit.

Mais, supposons que la part de Primus dans l'immeuble licite ait été grevée d'une hypothèque au profit de l'un de ses créanciers, soit qu'il lui ait consenti cette sûreté au cours de l'indivision, soit que ses biens à venir fussent frappés d'une hypothèque légale ou conventionnelle.

Lequel doit l'emporter du créancier qui veut se faire payer par préférence sur la part virile de Primus dans l'immeuble affecté à sa garantie, ou de l'héritier qui, par suite du rapport en moins prenant imposé à son frère, semble bien avoir droit à la totalité du prix d'adjudication.

La situation de chacun des adversaires est digne d'intérêt : si prenant en considération le principe de

l'égalité entre copartageants, on décide que l'attribution à Secundus de la totalité du prix est opposable au créancier hypothécaire, la sûreté que celui-ci avait pris soin de se procurer devient illusoire et il se trouve sans recours devant l'insolvabilité de Primus. Si, au contraire, prenant en considération que ce dernier a pu, comme le permet son titre de copropriétaire, grever valablement sa part dans l'immeuble et qu'il n'y a pas lieu dans notre hypothèse d'assimiler la licitation à un partage, on décide conformément aux principes en matière d'hypothèque, que le droit qui en découle est opposable aux autres créanciers, le cohéritier ne pourra se voir attribuer que sa part dans le prix d'adjudication ; si nous reprenons l'exemple ci-dessus, soit 25.000 francs. Donc, en fait, aux 50.000 francs que Primus a reçu du vivant de son père, viendront s'ajouter les 25.000 francs qui ont été attribués à son créancier ; sa part dans l'hérédité s'élèvera ainsi à 75.000 francs tandis que Secundus ne percevra que les 25.000 francs représentant sa part virile dans l'immeuble licité et pour le remplir du surplus de ses droits héréditaires, il aura contre son frère une créance de 25.000 francs irrécouvrable en raison de l'insolvabilité de ce dernier.

Il faut remarquer, en outre, que suivant la solution adoptée dans ce conflit entre héritiers et créanciers, on est amené à régler différemment les relations de l'adjudicataire avec les colicitants ou leurs créanciers. En effet, si l'on décide que l'héritier peut disposer de sa part virile antérieurement à tout partage, l'acquéreur

pourra immédiatement payer son prix d'achat entre les mains de chacun des héritiers proportionnellement à leur vocation héréditaire. Il devra, en outre, tenir compte de toutes les hypothèques grevant l'immeuble du fait de ces derniers et sera obligé de remplir les formalités de purge à l'égard des créanciers de chacun d'eux.

Si, au contraire, les droits du successible ne se trouvent définitivement établis qu'au jour du partage, l'acquéreur ne pourra payer qu'entre les mains des héritiers attributaires de la créance du prix et ce n'est qu'à l'égard des créanciers des seuls héritiers attributaires, qu'il sera tenu de remplir les formalités de purge.

Nous avons supposer jusqu'ici que le créancier en conflit avec l'indivisaire était un créancier hypothécaire, mais, verrons-nous, la question à résoudre est la même, sauf dans certains cas les effets différents de la loi du concours, s'il s'agit de tout autre créancier qui puisse se prévaloir sur la part de son débiteur d'un droit qui lui soit propre; c'est le cas notamment du créancier saisissant ou du cessionnaire.

Le conflit est de nature à se présenter non seulement en matière de succession, mais à la suite de toute espèce d'indivision, quelle qu'en soit la source. Les biens à l'état d'indivision, composant d'une manière constante une masse considérable de richesses, pouvant donner lieu à de nombreuses opérations juridiques du genre de celle qui nous intéresse, à ne l'envisager qu'au seul

point de vue pratique la question qui nous occupe est évidemment des plus importantes. Elle a attiré l'attention des auteurs et suscité des procès nombreux et compliqués. Mais la doctrine est loin d'être unanime sur la solution qu'elle comporte et malheureusement la jurisprudence telle qu'elle ressort des arrêts des Cours d'appel et des arrêts successifs de la Cour de cassation reflète cette même indécision.

Tout récemment, le 5 décembre 1907, les Chambres réunies ont eu à statuer sur la question et l'ont résolue en faveur de l'héritier, revenant ainsi à une solution que la Chambre civile avait cru devoir abandonner depuis 1887.

Cette jurisprudence intermédiaire *dont les effets étaient désastreux pour les héritiers*, avait soulevé de nombreuses protestations de la part de certains auteurs et commentateurs, mais surtout de la part des praticiens, notaires et avoués.

Il ne nous semble pas cependant que l'on puisse justifier le revirement de la jurisprudence et la théorie, consacrée par l'arrêt des Chambres réunies, pour être sans doute conforme à l'équité, n'en est pas moins en désaccord avec les textes du Code Civil, pris à la lettre et étudiés dans leurs origines.

C'est ce que nous nous efforcerons d'établir dans l'étude qui va suivre.

La première partie comprendra l'exposé de la doctrine et de la jurisprudence.

Dans la deuxième partie nous reprendrons les argu-

ments tirés tant du principe déclaratif du partage que des règles du rapport entre cohéritiers, au moyen desquels on a essayé de justifier la prépondérance de l'héritier sur le créancier, et nous nous efforcerons de démontrer que les textes imposent une solution contraire.

Dans la troisième partie nous exposerons les raisons d'équité qui militent en faveur de l'héritier, et comme il n'existe pas de moyens efficaces et pratiques pour lui permettre d'éviter un conflit qui ne devrait pas être solutionné en sa faveur, nous serons amenés à conclure qu'il y a là une question digne d'attirer l'attention du législateur, qui peut trouver dans certaines lois étrangères des indications intéressantes en vue d'une réforme nécessaire.

PREMIÈRE PARTIE

Exposé de la doctrine et de la jurisprudence.

CHAPITRE PREMIER

PREMIÈRE DOCTRINE : INTERPRÉTATION ÉTROITE DE
L'ARTICLE 883 DU CODE CIVIL.

D'après certains auteurs le sort de l'hypothèque consentie sur une part indivise dans un immeuble de succession dépend uniquement du résultat de l'adjudication : si l'un des héritiers se rend adjudicataire, les hypothèques grevant l'immeuble du chef des autres héritiers tomberont par l'effet déclaratif du partage : elles persisteront au contraire sur la part virile du débiteur dans le prix de vente quelle qu'en soit l'attribution ultérieure, si la licitation a été prononcée au profit d'un étranger.

Cette solution est basée sur une interprétation stricte et étroite de l'art. 883 du Code Civil, aux termes duquel « chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement aux effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession ».

La fiction consacrée par l'art. 883 a pour effet d'éviter

toute action récursoire entre cohéritiers et d'assurer l'égalité dans les partages : quand l'un des héritiers a reçu un immeuble de succession dans son lot, il est considéré comme le tenant du défunt, de sorte que tous les actes de dispositions qui ont pu être faits par les autres héritiers au cours de l'indivision et sur leur part indivise, restent sans effet et ne sont plus susceptibles d'être opposés à l'attributaire.

Mais l'article 883 n'assimile la licitation au partage qu'autant qu'elle a lieu au profit d'un copartageant; en conséquence au profit d'un étranger, la licitation est purement et simplement une vente et doit être considérée comme telle à tous égards. Or, dans cette vente, les héritiers sont covendeurs, chacun dans la mesure de leurs droits indivis, qui se trouvent irrévocablement fixés à la part et portion virile de chacun dans l'immeuble, par le seul fait de l'adjudication à un tiers. Il ne saurait plus être question d'un partage ultérieur venant modifier l'étendue de ces droits : ce qui peut être partagé, c'est le prix de vente; mais si l'on suppose que l'un des héritiers a hypothéqué sa part virile dans l'immeuble, toute disposition du partage tendant à retirer à l'héritier sa part dans le prix est inopposable au créancier hypothécaire. Les droits de ce dernier sur l'immeuble ou le prix en provenant restent intacts dans la mesure où son débiteur a pu en disposer au cours de l'indivision, sans que l'on puisse objecter l'effet déclaratif du partage. Car il y a eu vente et non partage : l'art. 883 n'est pas applicable et il faut s'en

tenir aux principes généraux en matière de vente et d'hypothèque.

Cette théorie, telle que nous venons de l'exposer, a été particulièrement défendue par les premiers commentateurs du Code Civil et ensuite notamment par M. Laurent. « Par la licitation, dit cet auteur (1), l'immeuble licité a cessé d'appartenir aux cohéritiers, ils n'ont plus droit qu'au prix. L'immeuble n'étant pas compris dans la masse partageable, nous ne comprenons pas comment il serait mis au lot de l'un des héritiers. Il faut donc s'en tenir aux principes généraux. En réalité, chacun des héritiers est vendeur, chacun d'eux doit avoir les droits dérivant de la vente (2). »

(1) *Principes du droit civil français*, t. X, § 399.

(2) En ce sens : Toullier. *Privilèges et hypothèques*, tom. I. § 291. — Duranton, t. VII, § 520. — Troplong, *Commentaire de la vente*, t. II, § 876. — Duvergier, *De la vente*, t. II, § 141. — Colmet de Santerre. *Revue critique*, 1864. — Pont. *Privilèges et hypothèques*, t. I, § 291. — Huc, t. V, § 442 et 445. — Guillouard. *Privilèges et hypothèques*, t. II, § 954. — Baudry, Lacantinerie et Wahl, t. III, § 4310. — Wahl. *Livre du centenaire du Code Civil*, t. I, p. 503. — *Journal des notaires* du 31 janvier 1902, Art. 27.494. — Zeglicki. *Revue critique*, 1906.

CHAPITRE II

DEUXIÈME DOCTRINE : INTERPRÉTATION EXTENSIVE DE L'ARTICLE 883 DU CODE CIVIL.

Dans une autre théorie absolument contraire à la précédente, on admet que si le prix de vente d'un immeuble de succession est attribué à l'un des héritiers, ce dernier n'aura pas à tenir compte des hypothèques qui peuvent le grever du chef d'un des indivisaires, pas plus qu'il n'aurait à en tenir compte si l'immeuble avait été mis à son lot ou lui avait été adjugé sur licitation. La validité et l'étendue des droits du créancier hypothécaire sur le prix sont donc subordonnées aux dispositions du partage et ceux des cohéritiers sont indépendants du résultat de l'adjudication.

Les auteurs qui professent cette doctrine ne sont cependant pas d'accord sur l'interprétation que comporte l'art. 883; mais ils arrivent les uns et les autres à une même conclusion en ce qui concerne le point particulier qui nous intéresse.

§ 1. — L'un d'eux, M. Mourlon, dont l'opinion est restée isolée (1) et n'a pas eu d'écho en jurisprudence,

(1) Cette opinion a cependant été reproduite par un auteur. Voir Liégeard : *De l'origine, de l'esprit et des cas d'application de la maxime « Le partage est déclaratif de propriété »*, § 89.

n'admet point la distinction traditionnelle entre l'adjudication prononcée au profit d'un héritier et l'adjudication prononcée au profit d'un étranger. Bien que reconnaissant que cette distinction est conforme au texte de l'art. 883, il estime qu'elle entraîne à des conséquences trop rigoureuses pour l'héritier et qu'elle ne saurait être conforme à l'esprit de la loi. « ... Quelle raison y a-t-il de distinguer entre le cas où l'adjudicataire est un étranger et celui où l'immeuble a été adjugé à l'un des héritiers? Je sais bien qu'à l'égard de l'adjudicataire, la licitation ne peut être considérée comme un partage, qu'elle n'est quant à lui qu'une véritable vente. Mais cette vente, à quel titre a-t-elle été consentie par les héritiers? N'est-ce pas dans le but de préparer, de faciliter le partage et si c'est un acte de partage, pourquoi ne pas lui en attribuer les effets (1)? »

Ce raisonnement conduit donc à considérer l'adjudicataire étranger comme un ayant cause du défunt et à faire rétroagir l'adjudication à son profit au jour de l'ouverture de la succession. Dans ces conditions, l'immeuble doit passer aux mains de l'acquéreur net de toutes charges du chef des indivisaires et ainsi tombe l'hypothèque consentie par l'un d'eux.

§ II. — Mais cette manière de trancher la question a paru trop catégorique à certains auteurs qui n'admet-

(1) Mourlon. *Répétitions écrites sur le Droit Civil*, t. II, § 485.

tent point toutes les conséquences auxquelles elle entraîne (1). Pour eux, la licitation au profit d'un étranger est une opération d'un caractère mixte : c'est une vente, si on la considère dans les rapports des cohéritiers, par exemple elle donne lieu au privilège du vendeur et non point au privilège du copartageant, elle est soumise à la transcription, etc., etc...

Mais dans les rapports des cohéritiers entre eux et avec leurs ayants cause, elle doit être considérée comme un acte de même nature que le partage, dont elle n'est qu'une opération préparatoire, et, en conséquence, que l'état liquidatif attribue à l'un des cohéritiers l'immeuble en nature ou le prix provenant de la vente, cette attribution aura toujours même effet rétroactif. Les héritiers seront tenus pour vendeurs, non en proportion de leur vocation héréditaire, mais dans la mesure seulement où ils seront attributaires du prix : ceux qui n'auront pas part à cette répartition seront censés n'avoir jamais eu de droits sur l'immeuble et les charges dont ils ont pu le grever resteront sans effet, comme ayant été consenties sous condition résolutoire.

M. Demante, après avoir rappelé que l'« adjudication ne peut être réputée simplement déclarative qu'autant qu'elle a lieu au profit d'un colicitant et que faite au profit d'un étranger, c'est une vente ordinaire » con-

(1) Pour les effets que comporte la théorie de M. Mourlon dans les rapports des héritiers et de l'adjudicataire. Voir Liégeois, *op. cit.*

tinue (1). « Mais est-ce à dire que chacun des copropriétaires soit réputé vendeur pour sa part, créancier comme tel d'une portion déterminée du prix et que l'immeuble transmis ainsi chacun pour sa part soit affecté aussi, pour cette part, aux privilèges et hypothèques, existant du chef de chacun? Je ne vois aucune difficulté à le décider ainsi lorsque les droits des copropriétaires sur l'immeuble licite ou vendu en commun étaient déterminés ou liquidés hors de la mise en vente. Mais si, comme cela arrive le plus ordinairement, la licitation n'a été qu'une opération préparatoire au partage et tendant à faciliter la liquidation, il me paraît plus conforme aux principes et à l'équité de considérer alors la vente comme faite pour le compte de la masse et de laisser à déterminer par l'événement du partage, lequel ou lesquels des copartageants seront réputés vendeurs à l'effet d'être seuls créanciers du prix et les seuls aussi du chef desquels les hypothèques ou autres charges réelles auront pu s'établir par l'indivision (2). »

(1) Cours, t. III, § 225 bis,

(2) En ce sens : Demolombe, *Successions*, t. V, § 263. — Aubry et Rau, t. VI, § 625. — Homo. *Revue du notariat*, 1876. — Charmont. *Revue critique*, 1890. — Defrenois, *Traité des liquidations*, t. I, § 2747. — Labbé (S. 1889-4-193). — De Loynes (D. P. 1900-2-49). — Colin (D. P. 1906-1-41 et 1908-1-113).

CHAPITRE III

JURISPRUDENCE ANTÉRIEURE A 1887.

A l'appui de cette doctrine, non pas telle qu'elle a été exposée par M. Mourlon, mais telle que la comprenaient notamment MM. Demante, Demolombe, Aubry et Rau, on peut citer les premiers arrêts de la Chambre civile de la Cour de cassation, dont le plus ancien semble remonter au 18 juin 1834 (1) (S. 34-1-733).

Il s'agissait d'une liquidation de communauté, un des immeubles communs sur lequel le mari avait consenti une hypothèque après le décès de sa femme, fut licité au profit du créancier. Celui-ci se payant par compensation sur la moitié de l'immeuble appartenant à son débiteur, avait fait offres réelles de l'autre moitié aux enfants héritiers de leur mère. Mais aux termes de l'état liquidatif dûment dressé et homologué, le mari se trouvait n'avoir aucun droit sur la communauté entièrement absorbée par les reprises de la femme. En pre-

(1) Antérieurement à cette date nous trouvons un arrêt de la Chambre des requêtes du 18 mars 1829 (cité par M. Wahl. *Livre du centenaire du Code civil*, t. 1^{er}, p. 495), mais il s'agissait d'une cession de part indivise et non d'une licitation. Un autre arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 janvier 1833 (S. 33-1-87) sans résoudre la question, n'en est pas moins intéressant et nous aurons l'occasion de le rapporter.

mière instance les offres de l'adjudicataire furent pour cette raison déclarées insuffisantes : cette décision fut infirmée en appel par la Cour de Paris (1), mais la Cour suprême cassa cet arrêt par les motifs suivants : « ... Attendu qu'aux termes des art. 1476 et 883 combinés, un acte contenant liquidation et partage, soit de communauté, soit de succession, n'étant jamais que déclaratif et non attributif de droits, l'ordre du prix d'un immeuble appartenant à cette communauté qui serait provoqué et même clos avant sa liquidation, ne peut jamais, sauf ce qui résulterait de l'autorité de la chose formellement jugée, avoir pour effet de porter atteinte aux droits de propriété qui seront déterminés

(1) Dans ce sens on peut relever un précédent arrêt de la Cour de Paris du 2 mars 1812 (S. 12-2-432). En l'espèce, elle avait à se prononcer sur une demande en nullité de deux adjudications, formée par un créancier hypothécaire qui n'avait pas été appelé à la vente, bien que régulièrement opposant à partage et à licitation. Pour une des adjudications qui avait été prononcée au profit d'un étranger, la Cour décida qu'il n'y avait pas lieu à nullité. « Attendu que l'adjudication par licitation faite à un étranger n'a pas l'effet d'un partage et conserve le créancier opposant dans la plénitude de ses droits. » Mais elle annula l'adjudication au profit d'un colicitant. « Attendu que la licitation faite hors la présence du créancier opposant et sans l'y appeler lui cause nécessairement un préjudice notable... en lui faisant perdre tous ses droits hypothécaires qu'il aurait pu conserver en amenant un acquéreur étranger ou en se rendant acquéreur lui-même. » Il ressort de cette décision que la Cour impériale de Paris, d'accord avec les premiers commentateurs du Code Civil, admettait que les droits du créancier hypothécaire dépendaient uniquement du résultat de l'adjudication, en dehors de toute idée d'attribution de prix.

par ce même acte auxquels ils sont toujours et nécessairement préexistants... que l'état liquidatif de communauté ayant attribué aux héritiers de la femme le prix de l'immeuble qui avait fait la matière de l'ordre, la collocation de Sommier, qui n'avait jamais pu s'exercer que sur la portion qui aurait appartenu dans ce prix à Colombacher père, son débiteur, est devenue caduque comme portant sur un prix auquel ce même débiteur n'a jamais eu de droits et, par suite, la compensation que Sommier a prétendu établir de ce prix avec sa créance sur Colombacher est devenue impossible... »

Ne semble-t-il pas que la Cour de cassation, au lieu de développer l'argument juridique, qu'elle prétend tirer de l'art. 883, dont elle se borne à affirmer l'application, s'efforce de justifier sa décision en dehors de toute idée de partage et en raison des *droits de propriété, des droits préexistants* qu'elle reconnaît au copartageant ? Si nous remarquons que nous sommes en l'espèce en matière de communauté et qu'il s'agit de sauvegarder les reprises de la femme, il nous paraît logique de rapprocher cette décision de certains arrêts de la Cour de cassation, quand elle s'avisa de considérer la femme non plus comme créancière de ses reprises, mais comme propriétaire, ce qui lui permettait d'opérer ses prélèvements sur la communauté à l'encontre des créanciers et sans avoir à subir leur concours (1).

(1) Cass., 15 février 1853 (D. P. 53-4-75). Cass., 14 août 1854 (D.

On pourrait donc douter de l'autorité de l'arrêt de 1834 en ce qui concerne l'application de l'art. 883, mais il se trouve confirmé par un nouvel arrêt de la Chambre civile, en matière de succession, du 26 juillet 1848 (S. 48-1-561) (D. P. 49-1-329).

La Cour d'Orléans avait jugé que le créancier ayant hypothèque sur une part indivise dans un immeuble de succession pouvait, dès la licitation à un tiers et avant tout partage, faire sommation à l'adjudicataire de payer ou de délaisser et que les frais de cette sommation devaient être supportés par la succession, sauf recours des cohéritiers contre celui qui les avait occasionnés.

Sur pourvoi, la Chambre civile cassa cet arrêt, parce que « les frais résultant de poursuites aussi bien que la créance même ne pouvaient affecter que la portion du prix de l'immeuble qui, par l'effet du partage ultérieur, viendrait à être attribuée au cohéritier débiteur de la créance... »

Le 8 mars 1875 (D. P. 76-1-369 ; S. 75-1-449) intervint un arrêt de la Chambre des requêtes qui, pour n'avoir pas eu à statuer sur l'effet de l'hypothèque frappant une part indivise, n'en semble pas moins difficile à concilier tout au moins avec les arrêts antérieurs de la Chambre civile.

La Cour d'Alger avait décidé que la licitation n'était

P. 54-1-152). Un arrêt des Chambres réunies du 15 janvier 1858 (D. P. 59-1-11) mit fin à cette jurisprudence critiquée par toute la doctrine.

assimilée au partage et ne revêtait comme lui le caractère déclaratif qu'autant qu'elle avait pour effet de faire cesser à l'égard de toutes les parties colitantes l'indivision de l'héritage qui en était l'objet, par l'adjudication à l'une d'elles seulement; que par conséquent l'art. 883 était sans application, soit que l'indivision persistât après la licitation entre quelques-uns des communistes, soit que l'adjudication ait lieu au profit d'un étranger et d'un colitnant; que l'hypothèque consentie par l'un des colitnants ne disparaissait pas par le fait d'une telle adjudication.

Le pourvoi fut rejeté par la Chambre des requêtes déclarant que l'hypothèque consentie par un indivisaire subsistait après la licitation au profit soit de deux copartageants, soit d'un copartageant et d'un étranger, et que c'était avec raison que la Cour d'Alger n'en avait pas autorisé la main levée.

M. Labbé (1) qui s'élèvera avec beaucoup de force contre la jurisprudence de la Chambre civile le jour où elle aura abandonné la théorie que nous lui avons vu admettre jusqu'ici, ne formule aucune critique contre cet arrêt de la Chambre des requêtes. Pour nous, bien qu'il ne s'agisse en l'espèce que de statuer sur le maintien de l'hypothèque à la suite d'une licitation non rétroactive, nous croyons cependant que la Chambre des requêtes, en raison des termes absolus de son arrêt, se sépare nettement de la jurisprudence de la Chambre civile. Quelques années plus tard cependant, quand

(1) Note sous l'arrêt du 8 mars 1875 (D. P. 76-1-369).

elle eut à statuer sur les effets de l'hypothèque grevant une part indivise, la Chambre des requêtes admis la solution précédemment consacrée par la Chambre civile ; elle eut même le mérite de donner quelques développements au principe que cette dernière s'était jusqu'alors contentée d'affirmer ; elle se sépare en outre de la théorie de MM. Demante, Demolombe, Aubry et Rau, en considérant comme soumis à l'effet déclaratif non plus la licitation elle-même, mais le partage de la créance du prix de licitation ; enfin son arrêt mérite tout spécialement d'être relaté, car il contient un argument tiré de la théorie du rapport entre cohéritiers que nous verrons mettre à profit par certaines Cours d'appel quand la Cour suprême sera revenue sur son interprétation première de l'art. 883 et sur lequel les auteurs ont basé une troisième théorie que nous exposerons plus loin.

La Cour de Dijon, dans un arrêt du 23 février 1880, avait décidé que par application du principe déclaratif du partage, le créancier était non recevable à faire valoir ses droits d'hypothèque à l'encontre de l'héritier attributaire du prix et qu'il n'y avait pas lieu pour lui d'invoquer les dispositions de l'art. 1220, touchant la division de plein droit des créances héréditaires « Attendu... que cette règle ne peut être invoquée quand il s'agit dans l'espèce du prix d'un immeuble, aliéné postérieurement à l'ouverture de la succession. »

Le créancier s'étant pourvu en cassation, son pourvoi fut rejeté par arrêt de la Chambre des requêtes du

22 février 1881 (D. P. 81-1-409) pour les motifs suivants :

« Attendu qu'en fait un immeuble de la succession ayant été saisi et vendu à la requête d'un créancier hypothécaire de la défunte elle-même, le reliquat du prix disponible n'a donné lieu à aucun débat entre les héritiers et l'adjudicataire devenu leur débiteur ; qu'il a été attribué à l'un des cohéritiers par un partage régulier en la forme, non attaquant au fond et conforme aux principes sur le règlement des rapports dus entre cohéritiers, et qu'il est réclamé par les demandeurs en leur qualité de créanciers de l'autre cohéritier, munis d'un titre hypothécaire.

« Attendu que le prix d'adjudication constituait, dans les circonstances susvisées, une créance faisant partie de l'actif héréditaire et que c'est à bon droit que la Cour d'appel a refusé d'attribuer aux demandeurs un titre opposable à la dame d'Avesnes (héritière attributaire) ; qu'en effet la dame Levicki (héritière débitrice) n'a pu leur concéder que des droits purement éventuels subordonnés aux attributions du partage ultérieur et à la permanence du caractère immobilier de l'objet à partager et que ces droits se sont évanouis lorsque l'immeuble a été vendu en vertu du droit irrésistible d'un tiers étranger (1) et non pas par le fait des cohéritiers pour réaliser leur partage.

(1) La portée de cet argument tiré du fait que la vente avait été provoquée par les créanciers de la défunte n'apparaît pas clairement.

« Attendu que l'art. 1220 prévoit et règle les relations des héritiers avec les débiteurs de la succession et non avec les créanciers des héritiers et que l'art. 883 seul régulateur de la situation des parties a reçu dans l'espèce une juste et légale application. »

En 1887, la Chambre civile et la Chambre des requêtes admettaient donc la même solution, mais leur jurisprudence, bien que conforme à la théorie soutenue par les auteurs éminents que nous avons cités, n'avait pas cependant été suivie par la majorité des Cours d'appel (1).

(1) Dans le sens de la Cour de cassation : Grenoble, 2 juin 1863 (S. 63-2-249). Douai, 5 juin 1866 (S. 67-2-257). En sens contraire : Douai, 2 mai 1848 (S. 49-2-393), 25 juillet 1848 (S. 49-2-395). Grenoble, 27 janvier 1859 (D.P. 88-1-385).

CHAPITRE IV

JURISPRUDENCE DE 1887 A 1907.

Par un revirement inattendu, la Cour de cassation devait abandonner la théorie qu'elle avait jusqu'alors admise : ce changement se manifesta d'abord dans un arrêt de la Chambre civile du 14 décembre 1887 (D. P. 88-1-385. S. 89-1-193).

En l'espèce il s'agissait d'une société civile dépourvue de personnalité, entre les sieurs Touzet, Roquebert et Lapeyrouse. A la dissolution, Roquebert et Lapeyrouse furent reconnus débiteurs de Touzet, qui se vit attribuer aux termes d'un état liquidatif, dûment homologué, le solde du prix de vente de certains immeubles indivis aliénés au cours de la société. Mais des créanciers personnels de Roquebert et de Lapeyrouse, nantis d'hypothèque sur lesdits immeubles, produisirent à l'ordre ouvert sur le solde du prix, prétendant se faire payer sur la part indivise de leurs débiteurs.

Touzet objecta vainement « que les hypothèques des créanciers personnels d'un copartageant ne peuvent porter que sur la part du prix en distribution, attribuée à leurs débiteurs par l'effet de la liquidation et que dans l'espèce leur part était nulle » : un jugement du tribunal de Carcassonne, confirmé par arrêt de la Cour

de Montpellier du 5 mars 1885, fit droit aux prétentions des créanciers hypothécaires.

Touzet s'étant pourvu en cassation, son pourvoi fut rejeté; la Chambre civile estimant qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer le principe rétroactif du partage « quand les propriétaires ne partagent ni ne licitent entre eux les objets possédés indivisement, mais les vendent à des tiers; qu'à la propriété indivise des objets possédés par eux succède alors la propriété de prix de ventes divisés conformément au principe écrit dans l'art. 1220 du C. C.; que dans ce cas il n'est pas possible de réputer propriétaires avant la vente les tiers qui, auparavant, n'avaient aucune espèce de droits sur les objets par eux acquis ... Que les hypothèques constituées par Lapeyrouse et Roquebert pendant l'indivision étaient valables sur la part indivise qu'ils avaient dans les immeubles hypothéqués; qu'elles n'ont pu être effacées par la vente de ces immeubles à des tiers et l'attribution de prix de vente que les associés ont faite à l'un d'eux dans la liquidation de leur société; qu'elles doivent valoir sur la portion du prix qui représente la part qu'avait dans la propriété celui qui les a constituées. »

Cet arrêt est donc en contradiction formelle avec la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation en ce qui concerne l'interprétation de l'art. 883 du C. C. et aussi en ce qui concerne la portée de l'art. 1220 qui, aux termes de l'arrêt de 1881, ne réglait que « les relations des héritiers avec les débiteurs et les créanciers

de la succession et non avec les créanciers de leurs cohéritiers. »

On a cependant cherché à concilier cette décision avec les décisions précédentes (1) : un moyen de conciliation a été cherché dans le fait qu'il s'agissait d'une vente volontaire, indépendante de toute idée de partage et que cette distinction justifiait une solution différente de celle de l'arrêt de 1881 qui faisait allusion pour expliquer la disparition des hypothèques *au droit irrésistible d'un tiers étranger*, c'est-à-dire du créancier saisissant. M. Labbé estime avec juste raison qu'on ne voit pas pourquoi le droit du cohéritier pourrait se trouver modifié par suite des raisons toutes fortuites qui ont nécessité la mise en vente.

On a également cherché à rattacher cette décision aux précédentes en faisant dépendre la résolution ou le maintien des hypothèques du fait que la vente est ou n'est pas préparatoire au partage ; mais « c'est non une question de forme, mais une raison de fond qui décide de la question », ainsi que l'a dit M. Labbé.

Cet auteur estime cependant que cet arrêt peut, à la rigueur, se concilier avec la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation, si l'on veut considérer qu'il s'agissait en l'espèce d'une société en participation et que le contrat était intervenu au cours des opérations régulières de la société, de sorte que le prix de vente était devenu une valeur sociale se partageant entre les associés dans la mesure de leurs droits dans la société ;

(1) Voir note de M. Labbé (S.89-4-193).

mais qu'il doit en être tout différemment, quand l'indivision n'est pas faite pour durer. M. Labbé reconnaît lui-même que cette application différente de l'art. 883 est une bizarrerie et qu'aucun mot de l'arrêt n'y fait allusion. On peut ajouter que toute copropriété indivise quelle que soit son origine ou sa fin, a pour caractère essentiel d'être privée de personnalité et qu'entre tous coindivisaires il y a lieu de tenir compte de l'art. 1220 dont il serait également bizarre de faire varier suivant les circonstances, les conditions d'applications.

En réalité, il n'y a pas de conciliation possible, le revirement de la jurisprudence devait se trouver confirmé peu après par un arrêt de la Cour de cassation du 17 février 1892 (D. P. 92-1-191 ; S. 94-1-417) intervenu à la suite d'un arrêt de la Cour de Dijon qui avait appliqué l'effet rétroactif du partage à l'attribution du prix de licitation d'un immeuble de communauté, grevé d'hypothèque au profit d'un créancier de l'un des époux, en se basant sur ce fait que l'époux débiteur n'avait rien à prendre dans la communauté. La Chambre civile repoussa en termes absolus l'application de l'art. 883 : « Attendu que cet article ne vise que le cas où l'adjudication sur licitation a eu lieu au profit de l'un des colicitants, qu'il est donc sans application, quelle que soit l'attribution ultérieure du prix, lorsque l'adjudication, a été prononcée au profit d'un tiers qui n'avait antérieurement aucun droit sur les effets qu'il a acquis ; que dans ce cas les droits constitués pendant l'indivision subsistent sur les biens licites avec tous les effets juri-

diques que leur a donnés la convention des parties. »

La Cour de Montpellier, confirmant le 7 mars 1895, un jugement du tribunal civil d'Espalion, avait décidé suivant la voie déjà tracée par la Cour de cassation que non seulement l'effet déclaratif ne s'appliquait pas à la licitation elle-même, mais qu'il ne pouvait non plus s'appliquer à la créance du prix « laquelle n'étant pas par elle-même héréditaire puisqu'à aucun moment elle n'a appartenu au *de cujus*, n'entre dans la masse à partager qu'avec les charges dont elle s'est trouvée grevée du chef des divers copropriétaires. »

Mais le cohéritier avait demandé à être rempli de ses droits par préférence au créancier personnel de son cohéritier tant en raison de l'effet déclaratif du partage qu'en vertu de son privilège de copartageant qu'il avait régulièrement inscrit. Son pourvoi en cassation pour violation des art. 829, 883, 2103 et 2109 du Code civil fut rejeté par arrêt de la Chambre des requêtes du 19 octobre 1896 (D. P. 97-1-44 ; S. 98-1-41) dans les termes suivants : « ...Attendu que l'art. 883 ne vise que le cas où l'adjudication sur licitation a lieu au profit des colicitants ; qu'il est donc sans application quelle que soit l'attribution ultérieure du prix, lorsque l'adjudication a été prononcée au profit d'un tiers qui n'avait antérieurement aucun droit sur l'immeuble acquis ; que dans ce cas les droits constitués pendant l'indivision subsistent sur les biens licités avec tous les effets juridiques que leur a donnés la convention des parties. Attendu que dans ce cas la licitation substitue à la pro-

priété indivise des immeubles possédés par les colicittants, la propriété du prix de vente régis par les principes de la vente et non par ceux du partage... D'où il suit qu'en décidant dans ces circonstances que Victor Teyssèdre ne pouvait faire valoir son privilège de copartageants sur lesdits immeubles au regard des créanciers de son colicittant et en maintenant la collocation faite par le juge commissaire, la Cour de Montpellier, dont la décision est régulièrement motivée, n'a violé aucun des textes de loi visés au pourvoi... »

Un jugement du tribunal d'Angoulême s'était également conformé à la nouvelle jurisprudence de la Cour de cassation en ce qui concerne l'application étroite de l'art. 883, mais aux termes de ce jugement, il y avait lieu pour savoir si l'hypothèque concédée par l'un des cohéritiers avait un effet utile, de rechercher si ce cohéritier avait à recueillir quelque chose, dans la succession, et comme dans l'espèce qui lui était soumise, la part du cohéritier était entièrement absorbée pour cause de rapport, le tribunal avait ordonné la radiation de l'hypothèque.

Par arrêt du 7 juin 1899 (D. P. 99-4-376) (S. 99-4-457) la Chambre civile cassa ce jugement pour avoir violé l'art. 883 « en refusant effet à l'hypothèque sous prétexte que en dehors des sommes dont elle devait le rapport, il n'avait rien été attribué dans la liquidation à l'héritière. »

Le cas sur lequel eut ensuite à statuer la Cour de cassation se présentait sous un jour un peu particulier parce

qu'antérieurement à la licitation les droits de chacun des héritiers dans l'immeuble vendu avaient été déterminés par un état liquidatif dûment homologué et que mention de ces attributions avait été faite dans le cahier des charges. Le tribunal de La Flèche avait jugé que le créancier ayant hypothèque sur l'immeuble du chef d'un des indivisaires ne pouvait être colloqué que sur la part qui avait été attribuée à son débiteur aux termes de l'état liquidatif : sur appel, ce jugement fut confirmé par la Cour d'Angers, le 7 décembre 1899, et le créancier s'étant pourvu en cassation, la décision de la Cour d'Angers fut maintenue par arrêt de la Chambre civile du 18 juin 1900 (S. 1900-1-364 ; D. P. 1906-1-44) aux termes duquel « si l'art. 883 du C. C, est sans application quelle que soit l'attribution ultérieure du prix, lorsque l'adjudication a été prononcée au profit d'un tiers qui n'avait antérieurement aucun droit sur l'immeuble acquis et si dans ce cas les droits constitués pendant la durée de l'indivision subsistent sur les biens licités avec tous les effets juridiques que leur a donnés la convention des parties, il en est autrement quand, par une convention antérieure à la licitation, les cohéritiers ont liquidé tous leurs droits et fixé définitivement leur part dans les valeurs successorales, y compris le prix à provenir d'un immeuble qui doit être licité ; que cette convention de partage mettant fin à l'indivision doit produire les effets déterminés par l'art. 883 du jour où elle est intervenue et que c'est par suite à cette date qu'est fixé le sort des droits constitués pendant l'indivision sur les immeubles successoraux. »

Par cette décision la Cour de cassation avait une fois de plus confirmé son application restrictive de l'art. 883 du C. C. Certaines Cours d'appel résistèrent cependant mais sans vouloir heurter de front la jurisprudence de la Cour suprême, elles s'efforcèrent de tourner la difficulté en basant leurs décisions non plus sur la rétroactivité du partage, mais sur l'effet du droit de prélèvement qui appartient à l'héritier en vertu des art. 829 et 830 du C. C.

Elles ne firent en cela que reprendre un argument subsidiairement invoqué par la Chambre des requêtes dans son arrêt du 22 février 1881 (1) et déjà formulé d'une manière un peu vague par le jugement du tribunal d'Augoulême sus-relaté. Mais l'origine de cette théorie semble remonter en réalité à l'arrêt de la Chambre des requêtes du 16 janvier 1833 que nous avons déjà signalé (2). Aux termes de cet arrêt, la licitation au profit d'un étranger ne devait pas être considérée comme un acte de partage, mais comme une opération provisoire subordonnée aux effets des rapports qui peuvent anéantir les attributions de chaque héritier et qu'en conséquence l'indivision était censée subsister au regard des créanciers et que ces derniers ne peuvent mettre en vente la part de leurs débiteurs conformément à l'art. 2205 qu'après avoir fait procéder au partage de la succession.

C'est donc bien sur *les effets des rapports* et non pas

(1) Voir *supra* page 22.

(2) Voir *supra* page 17.

sur *l'effet déclaratif de la licitation*, comme devait le faire un an plus tard la Chambre civile, que la Chambre des requêtes avait primitivement basé le droit du cohéritier. Mais en dépit des développements que cette théorie était appelée à recevoir en jurisprudence et même de la part des auteurs, ainsi que nous l'exposerons bientôt elle ne put prévaloir contre la nouvelle doctrine de la Cour suprême (1).

Par un arrêt du 15 novembre 1901 la Cour de Besançon avait décidé que le maintien de l'hypothèque n'était en rien soumis à l'événement du partage, mais que les droits du créancier hypothécaire ne pouvaient être utilement exercés à l'encontre des cohéritiers « bénéficiant d'un droit plus fort de prélèvement que la loi dans les art. 829 et 830 a créé à leur profit... Attendu que le droit du créancier hypothécaire trouve sa base et sa justification dans un intérêt d'ordre privé; que celui des cohéritiers a été dicté au législateur par un grand intérêt social, celui de donner une sanction au principe de l'égalité entre copartageants..., que ce que le père de famille n'a pas le droit de faire, son fils le pourrait en frustrant ses frères et sœurs de leur réserve légale qui servirait à due concurrence au paiement de ses dettes personnelles... Attendu que le droit de prélèvement au profit des cohéritiers, quand il est régulière-

(1) Car, ainsi que nous aurons l'occasion de le faire remarquer, nous retrouvons dans l'arrêt des Chambres réunies bien plutôt la théorie de MM. Demante, Demolombe et Aubry et Rau, que cette nouvelle théorie basée sur l'effet du rapport entre cohéritiers.

ment exercé, crée un droit de préférence opposable même au créancier hypothécaire de l'un des cohéritiers par cette raison que les art. 820 et 830 sont opposables à ce dernier et ne sont point comme le soutient l'appelant, limités aux rapports des héritiers entre eux : que d'ailleurs ce droit de prélèvement n'est qu'une application spéciale aux opérations du partage du principe général de la compensation des dettes. »

Sur pourvoi cet arrêt fut cassé par décision de la Chambre civile du 21 juin 1904 (D. P. 1906-1-44; S. 1905-1-273) parce que « d'une part le partage invoqué étant postérieur à la licitation ne pouvait donner lieu à l'application de l'art. 883, quelle que fût l'attribution du prix de vente consacrée par cette opération et que d'autre part la préférence donnée par la Cour au prélèvement des cohéritiers sur le droit des créanciers hypothécaires equivalait à la reconnaissance au profit des premiers d'un privilège non prévu par la loi. »

Dans un arrêt de la Cour de Bourges du 28 mai 1902 qui semble s'être inspiré de l'arrêt de la Cour de Besançon précité, on lit « que la créance et la dette que l'un des héritiers copartageants peut avoir vis-à-vis de la succession sont réputées s'être compensées au jour même de l'ouverture de la succession, bien qu'alors elles ne fussent pas également liquides et que notamment, la créance n'ait été liquidée qu'ultérieurement au cours des opérations de partage... et qu'il découle de là que l'héritier débiteur est censé n'avoir jamais eu la propriété des immeubles que son créancier personnel

soutient à tort avoir été frappés par son inscription hypothécaire. »

Par arrêt du 21 juin 1904 (D. P. 06-1-41) la Chambre civile cassa cette décision pour avoir reconnu l'existence d'un privilège sans texte.

Il semble bien que l'arrêt de la Cour de Bourges se séparant de l'arrêt précité de la Cour de Besançon, entend reconnaître à l'héritier opérant des prélèvements non pas un droit de créance privilégiée, mais un droit de copropriété.

Cette théorie se trouve développée avec plus de précision dans un arrêt de la Cour de Dijon, du 2 décembre 1903. Après avoir rappelé le principe d'équité et « dans une certaine mesure d'ordre public » qui milite en faveur du cohéritier et avoir admis la doctrine première de la Cour de cassation assimilant la licitation à un acte de partage, la Cour de Dijon s'appuie subsidiairement pour motiver sa décision sur l'effet du rapport entre cohéritiers, en disant :

« Que c'est au jour du décès de l'auteur commun que, conformément aux énonciations de l'art. 865 du C. C., les biens donnés à l'un des héritiers se réunissent à la masse de la succession lorsqu'ils existent en nature ou que dans le cas contraire ils motivent au profit des autres cohéritiers un prélèvement sur l'actif successoral prévu par l'art. 830; qu'il suit de là que le cohéritier dont la part héréditaire est représentée en tout ou en partie par un rapport en moins prenant n'a, jusqu'au jour où la situation réciproque des intéressés est affirmée par

l'acte de partage, qu'un droit de propriété réduit à ce qui lui revient définitivement dans la succession et que c'est seulement dans cette mesure restreinte que ses actes de disposition sont susceptibles de produire un effet juridique, nul ne pouvant concéder à autrui plus de droit qu'il n'en a lui-même... qu'on objecterait vainement en invoquant les dispositions de l'art. 1220 du C. C. que la créance du prix de vente s'est divisée de plein droit entre tous les cohéritiers; qu'en effet, cet article suppose une créance qui a pris naissance au profit de l'auteur des ayants droit et leur a été transmise par suite de son décès et qu'il ne peut dès lors être invoqué lorsqu'elle est la conséquence d'une convention intervenue directement entre les parties, lesquelles doivent être présumées n'avoir stipulé que suivant l'étendue de leurs droits respectifs. »

Sur pourvoi pour violation de l'art. 830, la Chambre civile par arrêt du 19 mars 1905, (*Gaz. des Tribunaux* 1906. 4-191), cassa celui de la Cour de Dijon, en considérant « que, si aux termes des art. 829 et 830 du Code civil, les cohéritiers auxquels est dû un rapport de dettes peuvent en prélever le montant sur la masse de la succession, ce prélèvement ne saurait, en l'absence d'une disposition expresse, s'exercer sur le prix d'un immeuble successoral au préjudice des droits d'un créancier nanti d'une hypothèque sur ledit immeuble et que cette règle s'applique notamment à l'hypothèque constituée pendant l'indivision par l'héritier tenu au rapport, lorsqu'elle a conservé son effet, en cas de licitation par le

fait que l'adjudication a été prononcée au profit d'un tiers étranger à la succession; qu'il n'en pourrait être autrement qu'autant qu'un partage antérieur à la licitation aurait définitivement réglé les droits respectifs des cohéritiers sur l'immeuble indivis et fixé ainsi par application de l'art. 883 du C. C. le sort des droits constitués sur cet immeuble au cours de l'indivision... qu'en l'espèce, le partage invoqué étant postérieur à la licitation, il n'y avait plus lieu d'appliquer l'art. 883 du C. C. et qu'en vertu de l'art. 1220 du C. C. le prix provenant de la vente s'étant divisé de plein droit entre les cohéritiers proportionnellement à la part de chacun d'eux dans la propriété, l'hypothèque constituée devait être colloquée dans cette mesure; que d'autre part la préférence accordée par l'arrêt au prélèvement du cohéritier sur le droit du créancier hypothécaire équivaut à la reconnaissance d'un privilège non prévu par la loi, en quoi l'arrêt attaqué a, par fausse application, violé le texte de la loi. »

Par les nombreux arrêts que nous venons de rapporter, la Cour de cassation paraissait avoir irrévocablement rompu avec sa jurisprudence antérieure à 1887; quant aux Cours d'appel, les unes ont résisté, d'autres en plus grand nombre se sont inclinées (1).

(1) Dans le sens de la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation : outre les arrêts déjà étudiés. Toulouse, 30 juill. 1888 (D. P. 89-2-25). Orléans, 25 juill. 1891 (D. P. 91-2-238). En sens contraire : Alger, 10 avril 1894 (D. P. 94-2-462). Caen, 30 oct. 1894 *Droit* du 16 nov. 1894. Douai, 26 mars 1896 (D. P. 97-2-147). Nancy, 7 juill. 1896) S. 97-2-123). Douai 28 avril 1897. *La Loi*

CHAPITRE V

DE LA THÉORIE DES PRÉLÈVEMENTS

Nous venons de voir comment certaines Cours d'appel s'étaient efforcées de justifier la prépondérance de l'héritier sur le créancier, non plus par application de l'effet déclaratif du partage, mais par application des règles du rapport entre cohéritiers.

Cette théorie pouvait non seulement, ainsi que nous l'avons dit, s'autoriser des arrêts de la Chambre des requêtes du 16 janvier 1833 et du 22 février 1881 qui semblent bien avoir ouvert la voie à l'argumentation nouvelle, au moins quant à son application à l'espèce qui nous intéresse, mais elle a trouvé en outre de nombreux partisans parmi les jurisconsultes et commentateurs récents, qui pour la plupart abandonnant le système de MM. Demante, Demolombe, Aubry et Rau, ont suivi les Cours d'appel sur le terrain du rapport entre cohéritiers, pour donner à cette jurisprudence le développement qu'elle semblait comporter.

Leur doctrine peut se résumer ainsi : Aux termes des
du 17 mars 1897. Bourges, 28 nov. 1898 (S. 1901-2-249). Caen, 1^{er} mai 1899 (D. P. 1900-2-49. S. 1903-2-103). Paris, 1^{er} août 1899
Droit du 24 déc. 1899. Paris, 20 février 1902. *Droit* du 1^{er} janvier 1903. Paris, 20 mars 1903. *Droit* du 28 août 1903. Toulouse, 11 juin 1903 (S. 1903-2-263).

art. 829, 830, 831, les cohéritiers sont tenus de rapporter à la succession de leur auteur ce qu'ils en ont reçu à titre de donataires, en avancement d'hoirie, ou ce qu'ils peuvent lui devoir à titre de débiteurs. Si le rapport ne peut avoir lieu par une remise effective dans la masse successorale de l'objet dont rapport est dû, les autres héritiers prélèvent sur cette masse et avant tout partage, une valeur égale à celle qui aurait dû être rapportée : le rapport, au lieu de s'effectuer en nature, s'effectue, selon les expressions consacrées, par prélèvement ou en moins prenant, et l'héritier débiteur ne pourra prendre part au partage que sur l'excédent de l'actif successoral, quand il aura été attribué à chacun de ses cohéritiers une valeur égale à celle dont lui-même se trouve déjà rempli par avance (1).

« Mais si l'on admet ces prémisses (et comment les repousser puisque ce n'est là que l'énoncé et le résumé des dispositions de la loi même) n'apparaît-il pas d'évidence que le créancier de l'héritier tenu à rapport qui viendra se prévaloir de son droit héréditaire ne pourra s'en prévaloir qu'avec les limitations mêmes qui l'affectent ? Et s'il peut au nom de son débiteur, soit en vertu du droit de gage général de l'art. 2092 et conformément à l'art. 1166, soit en vertu d'un droit de gage spécialisé comme l'existence à son profit d'une hypothèque

(1) En ce sens. Percerou, sous Lyon, 25 mars 1905. *Pandectes* 1905-2-212. Pilon, *Revue trim. de droit civil* 1905. Circulaires du Comité des notaires, n^{os} 240-245-252. *Gazette des Tribunaux*, 15 sept. 1907. Legrand, *Gazette des Tribunaux*, 18 et 19 oct. 1907.

que conventionnelle, judiciaire ou légale, venir réclamer la part de ce débiteur dans la succession ou dans tel bien successoral, il ne peut le faire que sous les charges et conditions qui grèvent et modifient le droit de son débiteur, donc sous l'obligation de laisser prélever par les autres cohéritiers le montant du rapport dû » (1).

En faisant application de ce raisonnement on est donc amené à dire que l'attribution d'un prix de licitation au cohéritier qui a droit au rapport pourra être faite même à l'encontre du créancier hypothécaire et cela en dehors de toute argumentation tirée de l'effet rétroactif du partage.

Les auteurs partisans de cette doctrine estiment que de l'ensemble des dispositions du Code civil, il ressort à l'évidence que le législateur a voulu, non pas restreindre aux seules relations des cohéritiers entre eux les effets du prélèvement, mais créer au profit du cohéritier un droit opposable à tous ayants cause de celui qui doit le rapport.

Mais nous avons vu que les Cours d'appel n'étaient pas d'accord pour déterminer la nature même de ce droit : dans certains arrêts, il est qualifié de droit de préférence, dans d'autres de droit de propriété.

Nous retrouvons ces deux opinions en doctrine.

Certains auteurs prétendent qu'en employant les termes « prélever sur la masse », le législateur a formellement créé un privilège dont l'héritier créancier du

(1) Legrand, *op. cit.*

rapport pourra se prévaloir. « Le Code ne dit pas sans doute que ce droit de prélèvement est opposable aux créanciers et ayants cause de l'héritier débiteur du rapport, mais avait-il besoin de le dire? et conférer le droit de prélever sur une masse, n'est-ce pas conférer un privilège, si une restriction formelle ne vient limiter la portée de ce droit. » (1)

On s'accorde plutôt cependant à reconnaître à l'héritier un droit de propriété sur l'objet de son prélèvement, et cette opinion pourrait s'appuyer sur les termes de plusieurs arrêts de la Cour de cassation en matière de rapport.

« L'indivision, a-t-on dit en l'espèce, précise que nous intéresse, n'existe entre le cohéritier tenu au rapport et ses cohéritiers que dans la mesure de l'excédent d'actif partageable. L'héritier tenu au rapport a dès la naissance de l'indivision confondu sa vocation héréditaire avec sa dette, dans la mesure de l'importance de celle-ci. Si le rapport est égal ou supérieur à la vocation héréditaire, l'héritier n'a jamais eu de droit à exercer sur les biens de la succession. N'ayant jamais été propriétaire de ces biens, il n'a pu directement ou indirectement en disposer. Les inscriptions judiciaires prises sur ses biens à venir n'ont pas frappé l'immeuble. Quant à celles qu'il a conférées depuis l'ouverture de la succession, elles sont frappées de caducité : car le débiteur avait hypothéqué un bien qui ne lui appartenait pas.

(1) Legrand, *op. cit.*

Peu importe qu'il ait pris part à la licitation de l'immeuble successoral ; dans l'incertitude de la détermination de ses droits, il a été appelé éventuellement pour asseoir une propriété définitive et certaine au profit de l'acquéreur... Si l'établissement des comptes opéré par la liquidation fait ressortir que tous prélèvements opérés par les autres héritiers à concurrence d'une somme égale à son rapport, il reste un reliquat d'actif successoral, il sera reconnu avoir été propriétaire de l'immeuble dans la mesure de ce reliquat et à concurrence de sa vocation héréditaire ; les hypothèques qu'il a constituées ou laissé prendre produiront effet dans la même mesure. » (1)

(1) *Gazette des Tribunaux* 15 septembre 1907.

CHAPITRE VI

ARRÊT DES CHAMBRES RÉUNIES DU 5 DÉCEMBRE 1907

La théorie des prélèvements déjà précisée par l'arrêt de la Cour de Dijon (1) et approuvée par la majorité des jurisconsultes modernes, devait trouver son complet développement en jurisprudence dans l'arrêt de la Cour de Lyon du 29 mars 1905 (D. P. 1906-2-27), statuant comme juridiction de renvoi sur l'espèce précédemment soumise à la Cour de Besançon, dont la décision avait été cassée par la Cour suprême (2).

La Cour de Lyon avait confirmé la sentence des premiers juges dans un arrêt des plus minutieusement motivé dans les termes suivants :

« Considérant que l'adjudication ayant été tranchée au profit d'un tiers, il est exact de dire qu'elle ne produit pas les effets du partage, que l'hypothèque constituée n'est pas annihilée par la fiction de l'article 883, et que le droit hypothécaire est transporté sur le prix. Mais considérant que c'est seulement sur la part revenant d'après le partage à Paul Dumoulin, dans le prix d'adjudication, que ce droit hypothécaire peut s'exercer. Considérant en effet qu'il est inadmissible qu'un héritier

(1) Voir *supra*, page 34.

(2) Voir *supra*, page 32.

déjà rempli de ses droits puisse par un acte quelconque auquel ses cohéritiers demeurent étrangers, attribuer à ses créanciers, c'est-à-dire attribuer à lui-même, une fraction de la succession dans laquelle il n'a rien à prétendre; que nul ne peut céder à autrui des droits autres et plus amples que ceux qui lui appartiennent; qu'en ce qui concerne les droits d'hypothèque, ce principe est formellement reconnu par l'article 2125..... Considérant que l'unique question à résoudre est de savoir si une fraction du prix d'adjudication a été attribuée à P. Dumoulin pour le remplir de ses droits héréditaires; considérant que cette question a été tranchée par le procès-verbal de liquidation..... Considérant que la part de Paul Dumoulin, dans le prix d'adjudication, n'a pas été déterminée dès l'origine d'une façon définitive; qu'on ne saurait appliquer à la créance du prix l'article 1220 du Code civil et soutenir qu'elle s'est partagée de plein droit entre les cohéritiers, en sorte que le droit hypothécaire des consorts Chollet s'est fixé immédiatement sur le quart de ce prix correspondant à la vocation héréditaire de leur débiteur; que l'article 1220 ne vise que les obligations nées avant l'ouverture de la succession et non celles qui ont pris naissance à une date postérieure; qu'il ne s'agit pas ici d'une créance de l'auteur commun, trouvée par les héritiers dans la succession et dont ils ont été saisis comme représentant le créancier, mais d'une créance créée par eux en leur qualité de vendeurs copropriétaires au cours de l'indivision; que le prix d'adjudication doit être considéré comme faisant

partie de la masse à partager aux lieu et place des immeubles indivis qu'il représente....

« Considérant qu'il ne paraît pas possible d'invoquer la qualité des créanciers hypothécaires des consorts Chollet, pour dire qu'ils trouvent dans cette qualité une cause de préférence à l'encontre de L. et A. Dumoulin. Considérant qu'aux termes des articles 829, 830, 831 du C. C. et 978 du C. P. C., le rapport des dettes et le prélèvement qui lui est corrélatif sont en principe préliminaires à la formation des lots, d'où il suit que les droits des cohéritiers prélevant une fraction et ceux des créanciers de l'un d'eux, ne se rencontrent pas pour entrer directement en opposition, puisque c'est seulement quand ces opérations sont terminées et quand les lots ont été composés, que les droits des successibles sont définitivement fixés, assis sur des parts distinctes et que les créanciers personnels de chacun d'eux peuvent faire valoir leur droit de créance sur le lot qui a été attribué à leur débiteur; qu'il n'y a donc pas en réalité conflit entre le droit de prélèvement des cohéritiers et le droit hypothécaire des créanciers du successible débiteur, mais antériorité formellement accordée par la loi à l'exercice du droit de prélèvement. Considérant que cette antériorité, alors même qu'elle ne serait pas consacrée par un texte légal, résulterait forcément de la qualité différente des parties et de la nature différente des droits en présence, d'une part droit de propriété général, de l'autre droit de créance restreint dans un objet; que les héritiers légitimes sont saisis de plein

droit des biens, droits et actions du défunt (C. C. 724), qu'ils sont propriétaires par indivis de la totalité de l'actif successoral ; que si un rapport n'est pas fait, celui des cointéressés qui le doit se remplit en ne l'effectuant pas, de ses droits à concurrence de sa dette et le prélèvement opéré par les autres en vue de rétablir l'équilibre, d'assurer l'égalité entre copartageants est exercé par ceux-ci à titre non de créanciers, mais de copropriétaires prenant leur part de l'avoir commun ; qu'au contraire le droit hypothécaire appartenant au créancier d'un successible n'est qu'un droit de créance contre le débiteur personnellement et non contre la succession entière, ayant pour garantie non la masse successorale mais uniquement la part du successible débiteur ; qu'il suit de cette différence que le créancier ne saurait mettre obstacle au prélèvement qui est une opération du partage entre copropriétaires sauf à lui à intervenir audit partage pour éviter qu'il n'y soit procédé en fraude de ses droits, ou s'il ne l'a pas fait, à l'attaquer le cas échéant pour dissimulation ou précipitation dolosive. »

A la suite de cet arrêt de la Cour de Lyon statuant dans le même sens que la Cour de Besançon, l'intervention des Chambres réunies était devenue nécessaire. Jurisconsultes et praticiens souhaitaient ardemment de voir confirmer la théorie consacrée par les Cours d'appel, mais le revirement devait être plus complet qu'ils ne l'espéraient, puisque par arrêt du 5 décembre 1907 (D. P. 1908-4-143), les Chambres réunies rejetèrent le pourvoi dans des termes tels que, sans aucun doute,

cette décision se rattache à la doctrine depuis longtemps abandonnée de l'effet déclaratif de la licitation au profit d'un tiers dans les rapports des copartageants entre eux ou avec leurs ayants cause.

Cet arrêt, conforme aux remarquables conclusions de M. le Procureur général Baudoin, est ainsi conçu :

« Attendu que si l'adjudication sur licitation d'un immeuble dépendant d'une hérédité doit, au regard de l'adjudicataire, quand il est étranger à l'indivision, être considérée comme une vente, elle constitue, dans les relations des cohéritiers entre eux une opération préliminaire du partage; que la vente ainsi faite l'est en réalité pour le compte de la masse successorale; et que la créance du prix entre dans l'actif à partager pour y être soumise, comme l'aurait été l'immeuble même qu'elle remplace, aux règles ordinaires du partage, notamment en ce qui concerne, soit les prélèvements autorisés par l'article 830 Code civil au profit des cohéritiers à qui un rapport est dû en moins prenant, soit à la formation et composition des lots à chacun desquels, suivant l'article 830, il convient d'attribuer s'il se peut « la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits « ou de créances de même nature et valeur », ce qui exclut même pour les créances héréditaires l'application en cette matière, de l'article 1220 du Code civil, d'après lequel elles se divisent entre les héritiers du créancier, proportionnellement à leur part, lorsqu'il s'agit d'en poursuivre le paiement contre les débiteurs; — Attendu, en conséquence, que sur le prix d'adjudi-

cation, le droit qui, en principe, appartient à chaque héritier, n'est pas, dès le jour de la vente, fixé pour lui définitivement à l'égard de ses cohéritiers, mais reste subordonné aux résultats de la liquidation et du partage; que si donc un héritier est tenu à un rapport en moins prenant, et si à la suite d'un prélèvement opéré en conformité de l'article 830, la créance du prix est dans le partage attribuée toute entière à un de ses cohéritiers, il sera réputé rétroactivement n'avoir eu sur ce prix aucun droit, puisque le cohéritier qui en est attributaire est, aux termes de l'article 883, « censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot », et qu'ainsi la créance remplaçant l'immeuble dans la masse successorale devient elle-même, quoique n'étant pas née en la personne du défunt, un effet de succession auquel l'article 883 s'applique; — Attendu qu'il en résulte que les créanciers personnels de l'héritier, débiteur du rapport, n'ayant pas plus de droits que lui, ne peuvent à l'encontre des copartageants par qui le prélèvement a été exercé, élever la prétention, soit s'ils sont chirographaires, de concourir avec ceux-ci au marc le franc, soit de leur être préférés s'ils ont fait inscrire une hypothèque consentie par lui sur l'immeuble durant l'indivision;

« Par ces motifs, rejette... »

Après un intervalle de trente ans, c'est donc la doctrine de MM. Demante, Demolombe et Aubry et Rau qui prévaut de nouveau auprès de la Cour suprême,

consolidée et étayée, peut-on dire, par les arguments nouvellement développés et tirés de la théorie du rapport.

Quoi qu'il en soit de l'autorité que comporte cette décision des Chambres réunies, nous croyons cependant qu'elle prête à de nombreuses critiques au point de vue purement juridique, car il nous semble impossible de la concilier avec les textes du Code civil, quel que soit le terrain sur lequel on place la question : effet déclaratif du partage ou théorie du rapport.

DEUXIÈME PARTIE

Récherche de la solution qu'imposent les textes

CHAPITRE PREMIER

DE L'EFFET DÉCLARATIF DU PARTAGE

EN CAS DE LICITATION AU PROFIT D'UN TIERS

SECTION I. — *Peut-on appliquer à la licitation au profit d'un étranger les dispositions de l'art. 883 du Code Civil?*

Nous avons vu que certains auteurs et la Cour de cassation elle-même ont cru pouvoir appliquer à la licitation au profit d'un étranger, le principe déclaratif du partage, tel que le formule l'art. 883 du C. civ.

Pour ce qui est de l'argumentation au moyen de laquelle M. Mourlon a essayé de parvenir à ce résultat, nous avons déjà dit qu'elle n'avait eu aucun succès. On ne saurait, en effet, s'y arrêter : cette assimilation absolue de la licitation au profit d'un étranger à un acte de partage est non seulement contraire au texte de l'art. 883 (1), qui ne vise que le cas de l'héritier adjudicataire, mais elle méconnaît en outre le caractère

(1) M. Mourlon le reconnaît lui-même.

juridique d'une telle opération, qui n'est en réalité qu'une vente et c'est ainsi que la qualifie l'art. 1686 du Code civil.

Contrairement à la théorie de M. Mourlon, l'adjudicataire étranger ne peut être considéré ni comme un copartageant puisqu'il n'a jamais eu de droit dans l'hérédité, ni comme un ayant cause du défunt, puisqu'il ne lui est rattaché par aucun lien de droit; « entre eux s'interposent nécessairement les héritiers colicitants et c'est bien d'eux que l'adjudicataire est l'ayant cause (1) ».

Il faut donc reconnaître que l'insuccès de la théorie de M. Mourlon aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence est parfaitement justifié.

Mais ainsi que nous l'avons exposé, on a essayé de justifier l'application de l'art. 883 C. c. même en cas de licitation au profit d'un tiers par un raisonnement tout différent de celui de M. Mourlon. Cette doctrine a eu une portée considérable : elle a servi de base à une jurisprudence qui a manifestement été suivie par les Chambres réunies dans leur arrêt du 5 décembre 1907; elle a été défendue par de nombreux auteurs et jurisconsultes déjà cités (2). Nous avons vu comment on a cru pouvoir la justifier en faisant de la licitation au profit d'un tiers, une opération mixte — vente dans les rapports de l'adjudicataire et des héritiers, partage ou plus exactement opération préliminaire du partage dans

(1) M. le Procureur général Baudoin dans ses conclusions, devant les Chambres réunies. Arrêt précité (D. P. 1908, 1-113)

(2) Voir *Supra*, p. 17.

les rapports des cohéritiers entre eux et avec leurs ayants cause personnels.

On pourrait d'abord remarquer avec M. Legrand (1) « qu'il est certainement bizarre et peu juridique de considérer un même acte comme ayant une double nature, selon le point de vue auquel on l'envisage, et notamment il est, à vrai dire, difficile d'admettre à la fois, que le cohéritier auquel est attribué le prix soit réputé avoir toujours eu seul droit sur l'immeuble et que cependant l'acquéreur ait action en garantie contre tous les cohéritiers. »

Il semble bien que cette remarque ne soit pas sans valeur, M. Legrand a montré l'une des conséquences particulièrement choquante qui résulte d'une telle distinction.

Une objection d'un ordre général peut, en outre, être faite à cette doctrine et elle a semblé assez puissante à certains auteurs notamment à M. Laurent pour la faire rejeter complètement.

L'art. 883 ne vise que la licitation au profit d'un co-licitant et rien dans sa rédaction ne permet de supposer qu'il assimile à un point de vue quelconque la licitation au profit d'un tiers à un acte de partage : MM. Demante, Demolombe et après eux MM. Labbé, de Loynes, reconnaissent que leur doctrine ne peut se baser que sur une interprétation extensive de l'art. 883.

Or, l'art. 883 est-il susceptible d'une telle compréhension ?

(1) *Gazette des Tribunaux* des 18 et 19 octobre 1907.

Certains auteurs estiment que l'effet déclaratif du partage est parfaitement conforme à la réalité : il suffit de considérer chaque héritier comme ayant un droit sur tous les biens de la succession, sous la condition qu'ils soient mis dans son lot. De sorte que par l'effet rétroactif de la condition, le droit de chacun des copartageants remonte au jour de l'ouverture de la succession en ce qui concerne les biens dont il est attributaire, tandis que pour le surplus, il est, et a toujours été sans aucun droit, par suite de la défaillance de la condition (1).

La portée immédiate de cette thèse qui consiste à faire découler la rétroactivité du partage d'un principe général, a pour effet de permettre une application large de l'art. 883.

Mais si il n'y a dans ce raisonnement rien d'antijuridique, si il est même conforme aux tendances actuelles et si comme le dit M. Planiol (2). « L'idée d'une condition suspensive paraît bien être l'achèvement véritable de toute cette construction juridique, le terme final auquel on doit aboutir », il ne semble pas contestable que cette explication de la rétroactivité du partage par l'idée d'une condition ait été entièrement étrangère à nos anciens auteurs et aux rédacteurs du Code civil. Peu importe que le principe du partage déclaratif ait d'abord reçu son application en matière civile, pour que chacun des héritiers reçoive son lot libre de toute charge du

(1) Demolombe, t. XVII, § 264.

(2) Cours, t. III, § 2379.

chef de ses cohéritiers, ou bien qu'il ait d'abord été appliqué en matière fiscale, pour dispenser l'héritier de payer *les lods et ventes*, sur sa part héréditaire. Mais il est bien certain que ce que nous considérons comme les conséquences de ce principe ne furent au début que des exceptions admises peu à peu et d'une manière de plus en plus large (1) pour tempérer la rigueur du principe contraire qui nous venait du droit romain. Et le principe une fois formulé n'en a pas moins pour cela conservé son caractère exceptionnel ; et il faut en tous cas reconnaître qu'il est peu conforme à la réalité.

Le partage doit, en effet, être considéré comme un échange intervenu entre les cohéritiers qui se cèdent réciproquement leurs droits indivis sur chaque parcelle de la succession pour former des lots indépendants soumis au droit d'un seul (2).

(1) Dumoulin n'admettait pas que la licitation fut assimilée au partage, par le seul fait qu'un étranger avait été admis à enchérir (Coutume de Paris, § 33) et la question était également discutée de savoir si en cas de partage avec soulte, il y avait lieu de payer ou non les lods et ventes. (Voir Planiol, t. III, § 2371 et suivants). Quant à la question précise que nous étudions, il n'apparaît que nos anciens auteurs s'en fussent occupés. De Loynes, note sous arrêt de Caen du 1^{er} mai 1899 (D. P. 1900-2-49).

(2) Laurent a très nettement analysé la nature du partage qu'il rattache catégoriquement à l'échange. *Op. cit.*, t. X.

Cette idée d'échange se retrouve dans la plupart des définitions qui ont été données du partage. « Le partage n'est, en réalité, qu'un échange que chaque cohéritier fait de son droit indivis dans la totalité contre la propriété exclusive d'une portion déterminée. » Demante, *op. cit.*, t. III, § 225.

Il faut remarquer que pour une certaine partie des biens formant son lot, l'héritier n'est pas coéchangiste : en effet, les droits qui lui sont propres qu'il tient du défunt, il ne les a cédés que sur les biens mis au lot de ses cohéritiers, mais il les a conservés dans la proportion de sa vocation héréditaire sur ceux qui lui ont été attribués, il est donc pour partie, l'ayant cause du défunt. Aussi, c'est avec juste raison que l'on peut dire que ni le principe romain du partage translatif, ni le principe français du partage déclaratif ne sont entièrement et parfaitement exacts (1).

On ne peut cependant pas en conclure que l'héritier reçoit directement du défunt tous les biens mis à son lot : c'est pourquoi l'art. 883 ne consacre qu'une fiction et telle a bien été l'opinion des auteurs du Code, n'aurait-on pour le prouver d'autre argument que la rédaction même de cet article : nous sommes donc amenés à conclure avec M. Laurent que « l'art. 883 consacre une fiction, or les fictions ne peuvent jamais être étendues. » Ce principe de l'interprétation restrictive de toute fiction admis par tous les auteurs, a été de nombreuses fois sanctionné par la Cour de Cassation, notamment en ce qui concerne l'application de l'art. 883 (2).

(1) Aubry et Rau, *op. cit.*, t. VI, § 625, note 1.

(2) Cas. 27 mai 1835, cité par Liégeard, *op. cit.*

« Attendu que toute dérogation au droit général, toute fiction doit être strictement restreinte au cas spécial où elle a été littéralement consacrée; qu'il ne peut jamais être permis d'étendre une fiction, une dérogation par analogie d'un cas à un autre;

Puisqu'on ne peut assimiler même partiellement la licitation au profit d'un étranger à un acte de partage, sans étendre au-delà de son texte les effets de l'art. 883, cette assimilation n'est pas permise (1).

Au surplus, comment suffit-il de dire pour la justifier, que la licitation ou la vente est en pareil cas simplement préparatoire au partage ? Que la licitation soit faite d'ordinaire en vue d'un partage, cela est indéniable, mais il n'en résulte nullement qu'elle doive être considérée dans les rapports des cohéritiers, comme l'acte de partage lui-même. Et si nous cherchons par quel raisonnement on peut arriver à admettre ce résultat, ce n'est ni chez les auteurs, ni dans les arrêts que nous le trouverons ; la doctrine, de même que la jurisprudence, se sont d'ordinaire bornées à la simple affirmation d'un principe qui n'a jamais été justifié que par des arguments d'équité.

Mais il nous semble impossible d'admettre qu'un immeuble définitivement sorti de la masse héréditaire

attendu qu'en réputant chaque cohéritier propriétaire depuis le jour de l'ouverture de la succession des effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession, l'art. 883 du Code Napoléon admet une fiction dont l'unique objet est de favoriser les partages, cette fiction doit être restreinte au cas pour lequel elle a été consacrée... »

(1) M. Liégeard, *op. cit.* prétend que ce n'est pas faire de l'interprétation extensive que d'appliquer une disposition positive de la loi, en dehors des cas spécifiés, si, en s'en tenant aux termes que le législateur a lui-même employés, on peut supposer que sa pensée ne reçoit pas satisfaction complète.

puisse être soumis à une attribution ultérieure entre cohéritiers : quand bien même la licitation n'a été faite qu'en vue de préparer le partage, il n'y a pas de raison pour que cette opération préliminaire comporte les effets d'un partage (1).

Nous dirons donc avec M. Legrand (2) « le fait que la licitation au profit d'un tiers fait sortir l'immeuble de l'hérédité sans l'attribuer à aucun des héritiers et laisse également en suspens l'attribution de son prix tout au moins dans les rapports des héritiers entre eux, suffit en tous cas pour expliquer que cette licitation ne puisse être considérée en elle-même comme faisant partie du partage ou équivalent au partage et que l'art. 883 l'ait, par suite, volontairement et avec raison laissée de côté. »

SECTION II. — *Peut-on appliquer à la créance du prix de licitation l'effet déclaratif de partage?*

Nous venons de voir pourquoi il ne semble pas possible d'assimiler à un acte de partage la licitation au profit d'un étranger. Mais il faut remarquer que dans l'arrêt du 22 février 1881 et dans de nombreux arrêts des Cours d'appel rendus depuis cette date, ce n'est plus la licitation elle-même que l'on prétend soumettre à l'effet déclaratif du partage, mais bien seulement la créance du prix de vente. De même l'arrêt des chambres

(1) En ce sens. Colmet de Santerre, *op. cit.*

(2) *Op. cit.*

réunies, bien qu'exposant en tête de ses *attendu*, que la licitation « constitue dans les relations des cohéritiers entre eux une opération préliminaire du partage » ne donne aucun développement à cet argument en lui-même, en dehors des conséquences qu'il en tire touchant le partage du prix d'adjudication.

Mais si on considère la créance du prix d'adjudication comme une créance héréditaire et qu'on veuille la soumettre à l'effet déclaratif de l'art. 883, une objection se présente immédiatement tirée de l'art. 1220 aux termes duquel : « L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur, comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers, qui ne peuvent demander la dette ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur. »

Le créancier, fort de cette disposition, peut prétendre que par suite de la division de la créance, proportionnellement aux parts viriles de chacun des héritiers, son débiteur a pu valablement et irrévocablement disposer de sa part à son profit : que son droit d'hypothèque, antérieur au partage, est opposable aux autres cohéritiers qui ne sauraient se prévaloir à son encontre d'une attribution ultérieure de la créance.

A cette objection, l'arrêt de la Cour de Dijon du 23 février 1880 répond : « que si il est vrai que les créances se divisent de plein droit entre les héritiers du créancier conformément aux dispositions de

l'art. 1220, cette règle ne peut être invoquée quand il s'agit dans l'espèce du prix d'un immeuble aliéné postérieurement à l'ouverture de la succession. »

Cela revient à dire, semble-t-il, que la créance du prix de licitation n'est pas une créance de succession et cette conception nous paraît parfaitement exacte : mais alors ainsi que nous le verrons, cet argument se retourne d'une manière irréfutable contre la solution admise par la Cour de Dijon (1).

La Chambre des Requêtes dans son arrêt du 22 février 1881 a cru pouvoir repousser l'objection en disant que l'art. 1220 prévoit et règle la répartition des héritiers avec les débiteurs de la succession et non avec les créanciers des héritiers.

Affirmation pour le moins peu claire et qui semble vouloir dénier au créancier le droit d'exercer sur une créance de succession les droits et actions de son débiteur : mais la Chambre des requêtes a sans doute voulu dire que l'héritier n'a pas sur sa part de créance un droit acquis dont puisse se saisir définitivement un de ses créanciers.

L'arrêt des chambres réunies s'efforce de réfuter avec plus de précision l'argument tiré de l'art. 1220, en réduisant les effets qu'il comporte aux seuls droits de poursuite des héritiers afin d'avoir paiement de la créance. Cette thèse avait été soutenue par M. le procureur général Baudouin dans ses conclusions. « Il (l'art. 1220) détermine dans quelle mesure l'exécution

(1) Voir *infra*, page 65.

de l'obligation peut être poursuivi par ou contre chacun des intéressés, quand soit le créancier, soit le débiteur meurt en laissant plusieurs héritiers. Il règle donc une question de poursuite. Mais il ne parle en aucune sorte de l'attribution définitive de la créance... »

Avant M. Baudouin, M. Legrand (1) avait professé la même opinion et, se basant tant sur les termes de l'art. 1220 que sur la place qu'il occupe au titre *Effets de l'obligation divisible*, il s'était efforcé d'établir que cette disposition ne réglait que le droit de poursuite des créanciers. Quant à l'attribution de la créance, elle serait prévue dans un autre endroit du Code Civil dans l'art. 832 qui dispose « qu'il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur. »

Il faut reconnaître nécessairement que même ce simple droit de poursuite entraîne le droit de recevoir paiement et même si il fallait considérer ce paiement comme fait entre les mains de l'héritier, à titre provisoire, pour le compte de la masse successorale, il n'en est pas moins vrai que si le cohéritier est insolvable et que sa part dans la succession soit inférieure au rapport, dont nous le supposons débiteur, ses cohéritiers se trouveront sans le moindre recours une fois le paiement effectué entre ses mains. A supposer même qu'il soit

(1) *Op. cit.* Voir également dans le même sens, le rapport de M. le conseiller Babinet sous l'arrêt de la Chambre des requêtes du 22 février 1881.

exact de dire avec M. Legrand et avec M. Baudouin, qu'il y a là « un préjudice de droit contre lequel les cohéritiers pouvaient se prémunir par telles mesures conservatoires qu'il eussent pu prendre », on ne voit pas bien pourquoi les cohéritiers n'auraient pas à souffrir de leur négligence, si négligence il y a, quant avant toute intervention de leur part, celui qui doit le rapport, a non pas touché sa part dans la créance, mais quand il l'a, par exemple, cédée à un tiers. Il semble logique que celui qui a droit d'exiger paiement d'une créance et de disposer ensuite librement de son montant, puisse également en disposer, sans que le versement ait été effectué entre ses mains, par un nantissement ou une cession transports. En l'espèce, les cohéritiers courent les mêmes risques d'être lésés.

En outre, cette interprétation donnée à l'art. 1220 semble impossible à justifier. Considéré en lui-même, abstraction faite de toute autre disposition positive de la loi, il règle non seulement le droit de poursuite, mais aussi l'attribution partielle et définitive de toute créance conjointe (1). Ainsi que le dit M. Colin (2). » L'art. 1220 n'est que l'expression d'une règle générale : il constitue

(1) Planiol, t. II, § 715. « Lorsqu'il y a plusieurs créanciers ou plusieurs débiteurs, la règle est que la dette ou la créance se partage en autant de fractions qu'il y a de débiteurs ou de créanciers. Ce principe n'est écrit nulle part d'une manière générale dans nos lois. Il résulte indirectement de l'art. 1212 d'après lequel la solidarité est un fait exceptionnel et il en fait une application dans l'art. 1220. »

(2) Note sous Cassation, 5 décembre 1907 (D. 1908-1-413.)

le droit commun des obligations plurales, lesquelles sont toujours conjointes, non seulement lorsqu'elles deviennent, mais lorsqu'elles naissent divisées. »

Mais il faut rechercher quelle influence les art. 832 et 883 peuvent avoir sur la portée de cet art. 1220. tel qu'il doit être interprété.

Certains auteurs partant d'un principe tout différent de celui que nous efforçons de réfuter, font entièrement prévaloir l'art. 1220 sur l'art. 883. Les créances, qui sont divisées par la loi, peuvent cependant faire l'objet d'une répartition venant modifier l'attribution qui s'était faite de plano à l'ouverture de la succession, et ce dans le but de faciliter le partage en nature, mais alors il se produit une cession de créance véritable, soumise notamment aux formalités de l'art 1690 (1). Cela revient à appliquer rigoureusement la règle de la Loi des Douze Tables « Nomina inter heredes, proportionibus hereditariis ereta cita sunt ». Mais le droit romain déclarait en outre : Nomina non veniunt in iudicio familie eriscundæ, tandis que notre Code, dans son art. 832 laisse entendre tout le contraire.

Il faut donc chercher un terrain de conciliation et la majorité des auteurs (2) s'en tiennent sur la combinai-

(1) En ce sens. Huc, t. V, n° 448. Duranton, t. VII, § 429, 429, 519.

(2) Demolombe (t. XVII, § 290-294). — Aubry et Rau (t. VI, § 635 et 664). — Baudry Lacantinerie et Wahl (*Des successions*, t. III, § 4293) qui professent une opinion un peu différente en principe.

son de ces divers articles à un système transactionnel qui peut se résumer ainsi. *L'article 1220 régit la période comprise entre le décès et le partage : l'article 883 s'applique à compter du partage sans effet rétroactif.* Si nous développons cette théorie, il en résulte qu'antérieurement au partage, le cohéritier a le droit, non seulement de poursuivre le recouvrement partiel de la créance, mais qu'il peut même en disposer au profit d'un créancier ou d'un tiers, sans que l'effet déclaratif du partage puisse prévaloir contre les droits définitivement acquis pendant cette période aux ayants cause de l'héritier. La seule portée de l'art. 883 sera de faciliter la transmission de la créance, sans qu'il y ait lieu de recourir aux formalités de l'art. 1690. Ce système transactionnel, parfaitement exact, nous semble-t-il, se trouve consacré par une jurisprudence constante, tant en cas de paiement, dation en paiement ou compensation (1), qu'en cas de cession ou de saisie-arrêt (2).

Dans ces conditions peut-on dire que le droit qui résulte pour le créancier du maintien de son hypothèque (en raison de la non rétroactivité de la licitation elle-même) est susceptible de tomber par suite de l'attribution du prix ? Cela revient ou bien à admettre avec M. Legrand et de rares auteurs une interprétation toute de circonstance de l'art. 1220 ou bien à nier que le droit

(1) Cas. 4 déc. 1866 (D. P. 66-1-470) — Cas. 23 fév. 1864 (D. P. 64-1-477). — Paris, 20 mai 1892 (D. P. 92-2-357).

(2) Cas. 23 mars 1881 (D. P. 81-1-417). — Toulouse, 7 mars 1904 (D. P. 1904-2-333).

d'hypothèque constitue au profit du créancier un droit personnel et définitivement acquis.

Nous nous sommes déjà expliqués sur la portée de l'art. 1220 et on peut s'étonner de voir l'arrêt des Chambres réunies, renier incidemment, il est vrai, une solution maintes fois admise.

Quant à nier que le droit résultant de l'hypothèque soit un droit définitivement acquis, ce serait méconnaître la nature même du droit hypothécaire. Il n'est point d'auteur qui soit allé jusque-là. On a prétendu cependant que nul ne peut conférer à autrui plus de droits qu'il n'en a lui-même et que dans ces conditions, le créancier hypothécaire ne peut se faire colloquer sur une part de la succession que son débiteur ne pouvait lui-même se faire attribuer (1). Présenter ainsi l'objection c'est en réalité, et d'une façon détournée, nier que le droit d'hypothèque constitue un droit propre et définitivement acquis au profit du créancier : s'aviserait-on de dire, par exemple, que ce dernier ne pourra pas se faire payer sur le prix de l'immeuble affecté à sa garantie, parce que le débiteur n'y a plus droit pour l'avoir cédé depuis la vente à un autre de ses créanciers ? C'est ce qui se passe en réalité dans le cas que nous étudions.

Il n'y a pas que le créancier hypothécaire qui soit nanti d'un droit propre sur une créance de succession : avec la majorité des auteurs et la jurisprudence de la Cour de cassation, il faut en dire autant, notamment

(1) En ce sens : de Loynes (D. P. 1900-2-50) *Gazette des Tribunaux*, 15 décembre 1907. Legrand, *op.cit.* *Contra* : Wahl, *op. cit.*

du créancier qui a formé saisie-arrêt entre les mains d'un débiteur de la succession (1) et du délégataire à qui l'héritier a régulièrement transporté sa part dans une créance héréditaire (2).

En résumé même, si d'après la conception la plus communément admise, il faut considérer la créance du prix de licitation comme une créance de succession, il n'en est pas moins vrai qu'elle ne saurait être soumise à l'effet rétroactif du partage et que les droits définitivement acquis, non seulement du créancier hypothécaire, mais même du créancier saisissant ou du cessionnaire, ne tomberont pas, quelle que soit l'attribution ultérieure : c'est le seul point que nous ayons à établir présentement.

Mais il est en outre une autre raison pour laquelle nous nous croyons autorisés à nier l'effet rétroactif du

(1) Le créancier saisissant sera obligé de supporter le concours de l'héritier attributaire ou de tout autre créancier, car il n'a pas un droit exclusif à leur opposer tout au moins tant que le jugement de main-vidange n'a pas été signifié au tiers saisi.

(2) MM. Aubry et Rau avaient d'abord admis que la signification de la cession passée par un des héritiers de sa part dans une créance héréditaire ou du jugement de validité de saisie arrêt, conférerait au tiers saisissant ou cessionnaire, un droit irrévocablement acquis sur la portion de créance cédée ou arrêtée. Mais ils ont cru devoir abandonner cette opinion (4^e édition, tom. VI, § 635, notes 7 et 8), surtout pour des raisons d'équité. Ces auteurs repoussant déjà le maintien du droit d'hypothèque sur l'immeuble indivis par application de l'art. 883, c'est inutilement qu'ils admettent la portée restreinte de ce même article en matière de créance.

partage sur la créance du prix de licitation, indépendamment de toute interprétation de l'art. 1220 : c'est qu'il ne s'agit pas en l'espèce d'une créance de succession (1).

En effet, elle n'est pas née en la personne du défunt, les héritiers ne l'ont point recueillie dans son patrimoine ; il n'est donc pas possible de dire que l'héritier a succédé au défunt dans le bénéfice de cette créance, ce qui permettrait, suivant une opinion que nous avons combattu, de revenir sur la division *de plano* résultant du fait de l'ouverture de la succession (Arg. art. 832). Puisqu'il n'est pas possible de rattacher cette créance au *de cujus* et bien que le principe initial du droit du créancier découle de sa qualité d'héritier, il n'est pas permis d'en faire une créance héréditaire.

Du fait qu'elle est née postérieurement à l'ouverture de la succession, elle subit le sort de toute obligation née conjointe et se divise d'une manière immédiate et définitive entre chacun des créanciers conjoints : elle ne peut donc être soumise à une attribution ultérieure et n'est pas susceptible de tomber sous le coup de l'art. 883 ou de l'art. 832 : car à moins de considérer la masse successorale comme douée de personnalité civile, de quel partage et de quelle attribution pourrait-il être question pour un droit de créance qui ne peut figurer, par sa nature même, dans une masse indivise ?

Il est donc tout aussi abusif qu'inutile de dire que le

(1) Colmet de Santerre, *op. cit.*

Wahl. *Revue trim.*, 1906, page 768.

prix de licitation doit figurer *au compte de la masse successorale*.

SECTION III. — *Refutation de l'objection tirée
de la subrogation réelle*

A la vérité on ne s'en est pas toujours tenu à considérer la créance du prix de licitation comme une simple créance héréditaire : l'arrêt des chambres réunies notamment après avoir dit « que la vente ainsi faite l'est pour le compte de la masse successorale » continue « la créance du prix entre dans l'actif à partager pour y être soumise comme l'aurait été l'immeuble même qu'elle remplace aux règles ordinaires du partage. » Il semble bien que la Cour ait entendu par là s'appuyer sur une idée de subrogation réelle et cette opinion s'impose tout particulièrement si nous nous reportons aux conclusions de M. l'avocat général, qui considère comme étant encore en vigueur dans notre droit la maxime : *In judiciis universalibus res suscepit loco pretii et pretium loco rei*.

Si recherchant quels sont les effets de la subrogation réelle, on dit avec MM. Aubry et Rau (1) « l'objet subrogé ne vient pas seulement prendre de fait dans l'universalité où il rentre la place qu'y occupait celui auquel il est substitué, il revêt encore comme élément de cette universalité, la nature juridique de ce dernier : *subrogatum sapit naturam subrogati*; » il résulte de là

(1) T. VI, § 237.

que la créance du prix de licitation est non seulement un élément de l'actif successoral, mais qu'elle doit être considérée comme tenant dans la masse de succession le lieu et place de l'immeuble dont elle emprunte la nature, au moins aux yeux des copartageants : autrement dit la créance ne se divisera pas plus d'elle-même, que ne s'était divisé de lui-même l'immeuble auquel elle est subrogée et le partage du prix équivaldra au partage de l'immeuble.

Mais il n'est pas possible de recourir ainsi, sans l'appui d'un texte, à une idée de subrogation réelle : c'est ce qui a été enseigné d'une manière formelle par les meilleurs auteurs et tout spécialement par M. Colin à propos de l'arrêt des Chambres réunies.

Merlin (1) est l'un des premiers qui ait mis quelque lumière dans cette matière de la subrogation réelle, particulièrement embrouillée par nos anciens auteurs. Ceux-ci par une interprétation erronée de la fameuse maxime *In judiciis universalibus* se croyaient autorisés à faire application de plein droit de la subrogation réelle quand il s'agissait d'une universalité. Ils en usaient largement dans la répartition des biens en biens propres et biens acquets soumis à des règles différentes au point de vue de la dévolution aux héritiers (2).

(1) *Répertoire*. Subrogation de choses.

(2) Il n'est pas bien certain que l'on puisse, en l'espèce tout au moins, invoquer notre ancien droit. Il est un cas cité par Lebrun (*Traité des successions*, liv. 2, ch. I, sect. I, n° 63) dans lequel nos anciens auteurs se refusaient à faire intervenir la subrogation et que l'on peut rapprocher de l'espèce que nous

Mais Merlin a démontré combien leur opinion était peu exacte et que la maxime *In judiciis universalibus* était loin d'avoir en droit romain la portée générale qu'ils lui attribuaient même en matière d'hérédité, où il est un texte qui dans un certain cas la proscriit de la manière la moins équivoque. C'est le § I de la Loi 25, *de hered. petit.* Il concluait que l'on ne pouvait jamais recourir à la subrogation réelle, et à titre universel, sans y être autorisé par une disposition expresse de la loi.

Si nous nous en tenons à l'autorité de Merlin la subrogation ne pouvant jamais se produire de plein droit, c'est à tort qu'on l'invoquerait pour soumettre la créance du prix de vente d'un immeuble à l'effet déclaratif du partage. D'un autre côté, c'est plutôt d'un objet déterminé de la masse successorale qu'il s'agit, que de cette masse en elle-même considérée dans son universalité : il n'est donc peut-être pas exact d'invoquer la maxime *In judiciis...* même avec l'interprétation qu'en donnaient nos anciens jurisconsultes.

Enfin dans les théories élaborées plus récemment par des auteurs moins catégoriques que Merlin sur cette délicate question de la subrogation réelle, nous ne trou-

étudions actuellement. Lebrun s'exprime ainsi : « Si je vends mon fief, quoique le prix en soit dû après ma mort. mon aîné n'y aura aucun droit d'aînesse, ce qui a lieu au cas qu'il y ait terme donné pour le paiement du prix qui ne serait pas encore échu, lequel n'empêcherait pas que l'action pour le prix ne fut pure action mobilière. »

vons rien qui permette de l'appliquer au prix de licitation d'un immeuble de succession.

M. Saleilles (1), par exemple, admet une application assez large de la subrogation réelle, tant à titre particulier qu'à titre universel : pour cet auteur la subrogation ne sera une fiction que lorsque l'on se trouvera « dans un domaine que la loi s'est réservé, où la convention reste inopérante » parce qu'il n'est pas dans cette hypothèse au pouvoir des parties de substituer un bien à un autre dans une sphère que leur volonté ne peut régir. Mais au contraire, si il s'agit d'une chose soumise à la libre convention des parties, leur intention fera loi et la subrogation pourra s'effectuer.

D'après cette distinction on ne pourra donc l'invoquer en matière de succession faute d'un texte formel *puisque toute qui touche à la dévolution des biens entre dans le domaine exclusif de la loi.*

A côté de l'opinion de M. Saleilles, nous trouvons l'opinion non moins personnelle de M. Planiol qui résume lui même sa théorie en ces termes (2). « Il y aurait lieu croyons-nous de distinguer désormais deux séries d'application du principe de la subrogation réelle : les unes supposent l'affectation d'une valeur à un but

(1) Sirey, 94-2-183, Note.

(2) (D. P. 02-1-33). Note. M. Planiol insiste sur cette idée qu'il faut donner au mot *judicia* son sens historique d'action en justice, « cela revient à dire que la subrogation est admise dans l'*actio generalis* (pétition d'hérédité et non dans la revendication d'un bien particulier). »

déterminé et se rattachent ainsi à la matière des obligations, puisqu'elles impliquent l'idée d'une charge acceptée comme condition de l'acquisition d'un bien, les autres se rencontrent lorsque c'est l'origine d'une valeur que l'on considère et elles ont lieu uniquement dans les demandes en restitution par voie d'action réelle, l'adage traditionnel *In judiciis universalibus*, restant propres à ces dernières. »

Même d'après ces deux opinions, beaucoup plus libérales, que celle de Merlin, on ne peut certainement pas faire application de l'idée de subrogation dans le cas qui nous occupe.

Force est donc d'admettre qu'en l'espèce, *on a substitué une créance à un immeuble, un droit divisé par sa nature à un droit indivis, une chose qui ne peut être l'objet d'un partage à une autre dont le partage était nécessaire* (1), et qu'il n'est pas permis de recourir à la subrogation pour éviter les effets fâcheux qui résultent pour l'héritier de cette substitution pure et simple.

(1) Colmet de Santerre, *Op. cit.*

CHAPITRE II

DISCUSSION DES ARGUMENTS TIRÉS DE LA THÉORIE DES PRÉLÈVEMENTS

SECTION I. — *La solution du conflit est indépendante du principe déclaratif du partage.*

Dans le chapitre qui précède, nous nous sommes efforcés de démontrer que, contrairement à la doctrine reprise par les Chambres réunies, il paraissait impossible de trouver dans le principe déclaratif du partage, tel que le formule notre Code, un argument de droit pour solutionner en faveur de l'héritier le conflit qui nous intéresse.

Mais à côté de la théorie basée sur l'article 883, nous retrouvons la théorie basée sur le droit de prélèvement.

Les articles 829 et 830 du C. C. sont des textes d'importance capitale en cette matière; nous croyons donc bon de les rappeler :

Art. 829. « Chaque héritier fait rapport à la masse, suivant les règles qui seront ci-après établies, des dons qui lui ont été faits et des sommes dont il est débiteur. »

Art. 830. « Si le rapport n'est pas fait en nature, les cohéritiers à qui il est dû prélèvent une portion

égale sur la masse de la succession. Les prélèvements se font autant que possible en objets de même nature, qualité et bonté que les objets non rapportés en nature. »

Nous ne croyons pas que par application de ces textes, quelque appui que l'on trouve dans les principes généraux de la loi en matière de succession et de rapports, il soit possible d'assurer à l'héritier attributaire du prix d'adjudication un droit opposable au créancier nanti d'une hypothèque du chef de l'un des autres cohéritiers.

Mais il nous semble cependant que c'est avec juste raison que cette importante question envisagée au début comme relevant de l'article 883, a été rattachée par la doctrine moderne à la théorie des rapports entre cohéritiers : c'est ce que nous allons chercher tout d'abord à établir.

Pour nous, avons-nous dit, ce n'est pas dans une interprétation plus ou moins large de l'article 883 que l'on doit rechercher la solution du conflit que nous nous efforçons de trancher. En effet, si les héritiers ont juste motif de priver l'un des leurs de sa part dans le prix de licitation, c'est que ce cohéritier se trouve donataire du défunt ou plus généralement débiteur soit de ce dernier, soit de la masse de succession (1). Faute d'un rapport en nature, les héritiers en conformité de l'article 830,

(1) Il n'est pas absolument exact de parler de créance au profit de la masse de succession, puisque les biens héréditaires sont confondus avec le patrimoine des héritiers.

se sont approprié à due concurrence la part du débiteur ou donataire dans le prix de l'immeuble. Or, en supposant qu'il soit permis de considérer la créance du prix de licitation comme une créance de succession (1) il resterait encore à établir que cette attribution, pour valoir en tout état de cause contre le créancier de l'héritier, ait été effectuée en vertu d'un principe de droit auquel ce créancier n'ait pu se soustraire.

Si, en effet, il a été régulièrement procédé à la liquidation sans opposition de la part du créancier, l'acte de partage emportera évidemment (et en matière de droits corporels seulement), un effet définitif et irrévocable, en même temps qu'effet déclaratif : le créancier négligent sera forclos à faire valoir ses droits (Arg. art. 882). Mais si le créancier, comme il en a le droit, s'oppose à ce que le partage soit fait hors sa présence, il ne manquera pas de protester contre une attribution qui aurait pour résultat de priver son débiteur de sa part virile dans l'immeuble affecté à sa garantie.

Il y a donc une question primordiale à résoudre : celle de savoir, en dehors de toute interprétation de l'article 883, si les copartageants pourront passer outre les protestations du créancier et écarter valablement de l'attribution du prix leur cohéritier tenu au rapport.

(1) De même que dans le chapitre qui précède et afin que notre étude soit aussi complète que possible, ce n'est qu'en dernier lieu que nous tirerons argument de ce que la créance du prix n'est pas une créance héréditaire.

Comme l'a dit M. Legrand (2), « si c'est seulement au partage du prix qu'on attribue l'effet déclaratif avec sa conséquence d'effacer l'hypothèque le grévant du chef d'un cohéritier auquel n'en revient aucune fraction, il n'apparaît pas que l'on assure par là, nécessairement, comme on semble le croire, aux cohéritiers créanciers du rapport, une situation préférable à celle du créancier hypothécaire, car il est bien entendu qu'une fois opéré le partage, les cohéritiers pourront, dans le système ici envisagé, opposer au créancier inscrit l'article 883 (1). Mais supposons qu'avant ce partage opéré et définitif, le créancier intervienne aux opérations et s'oppose à ce que son débiteur soit privé de sa part dans le prix au profit des cohéritiers auxquels rapport est dû : point ici d'article 883 à invoquer puisque point de partage fait, et alors nous apercevons mal comment la prétention du créancier inscrit pourra être écartée, à moins de reconnaître aux cohéritiers créanciers du rapport un droit primant le sien sur le fondement de principes tout à fait en dehors de l'article 883. »

Il est donc bien évident que la solution du conflit est indépendante de l'effet rétroactif du partage et pour suivre la voie que nous ont tracée les auteurs et la jurisprudence des Cours d'appel, nous rechercherons si le prélèvement pour cause de rapport des dettes est ou

(1) *Op. cit.*

(2) En l'espèce, M. Legrand ne peut raisonner ainsi, puisqu'il s'agit d'un bien incorporel, qu'après avoir réduit, ainsi que nous l'avons vu, les effets de l'article 1220.

non opposable au créancier personnel de l'héritier qui en est tenu (1).

SECTION II. — *Des effets du rapport des dettes.*

Peut-on dire ainsi que le prétend la majorité des auteurs que le droit de l'héritier créancier du rapport prime le droit des créanciers personnels de l'héritier qui en est tenu ?

Remarquons tout d'abord que ce système conduit à donner aux héritiers plus de droit que n'en avait leur auteur, que nous supposons simplement créancier chirographaire ; il n'est pas douteux que s'il avait lui-même poursuivi le recouvrement de sa créance, il eut subi le concours des autres créanciers de son successeur (2). « Et il serait singulier de faire dépendre la condition des créanciers personnels d'un événement qui ne dépend d'eux en aucune façon, à savoir de l'ouverture de la succession à laquelle est appelé leur débiteur (3).

(1) Ce n'est qu'en tant qu'il s'agissait d'un rapport de dettes que le conflit a été soumis à la jurisprudence, et c'est d'ordinaire dans cette seule hypothèse que la question a été envisagée par les auteurs ; il y a à cette particularité une double raison : c'est que d'ordinaire le rapport des libéralités se fait en nature et que même quand il s'opère par prélèvement, il est unanimement considéré comme opposable à tout ayant cause de l'héritier qui en est tenu : on verra pourquoi nous croyons pouvoir, quelle que soit la cause du prélèvement, justifier en l'espèce précise qui nous intéresse la prépondérance du créancier sur l'héritier.

(2) En ce sens, Laurent, *op. cit.*, t. X, § 638.

(3) Deschamps, *Du rapport des dettes*, p. 210.

Pour expliquer ce droit exorbitant des héritiers on a prétendu que le droit de prélèvement constituait un droit de préférence proprement dit, c'est-à-dire un privilège ; mais il y a à cette conception une objection capitale, c'est qu'il n'y a pas de privilège sans texte (Arg., art. 2093, C. c.). Nous avons vu comment M. Legrand croit pouvoir la réfuter en disant : « N'est-ce pas constituer un privilège que de parler d'un prélèvement ! » Mais outre que dans d'autres articles le Code a parlé de prélèvement sans que ni la jurisprudence ni les auteurs aient cru pouvoir en faire découler un privilège (1). M. Deschamps (2) a démontré d'une manière irréfutable, nous semble-t-il, qu'il ne pouvait être en l'espèce question de privilège. « Non seulement on n'a pas de texte qui permette de voir dans le rapport des dettes un privilège, mais encore on ne trouve même pas à sa base l'une des trois autres idées sur lesquelles reposent les privilèges consacrés par le Code : ces trois idées sont, ou l'intérêt du débiteur lui-même, ou l'idée de valeur mise dans le patrimoine du débiteur ou l'idée de gage. Si la créance de nos cohéritiers reflétait l'une quelconque de ces idées elle aurait été privilégiée dès avant l'ouverture de la succession entre les mains mêmes du cujus, car le privilège est attaché à la qualité de la créance et non à la qualité du créancier. »

Aussi pour éviter cette double objection tirée de l'art. 2095 et de la nature même de la créance, on a dit

(1) L'art. 1470 en matière de communauté.

(2) *Op. cit.*, p. 209

qu'il ne s'agissait point là d'un droit de préférence ordinaire, mais d'un droit plus fort ou antérieur du copartageant. C'est cette thèse soutenue par M. le Procureur général Baudoin dans ses conclusions qui consiste à dire que le prélèvement s'exerce à titre de propriétaire et non à titre de créancier (1).

Nous remarquerons que les motifs de l'arrêt de 1907 ne font aucune allusion précise à cette manière d'envisager le droit du cohéritier à qui rapport est dû, et ce n'est pas sans raison que la Cour de cassation n'a pas voulu dire que l'héritier était propriétaire *ab initio* des biens soumis à son droit de prélèvement. C'eût été comme le remarque M. Colin (2), se mettre en contradiction formelle avec sa jurisprudence aujourd'hui bien établie en matière de liquidation de communauté. Si pendant une courte période intermédiaire (de 1853 à 1858) la Cour de cassation et certaines Cours d'appel ont admis que la femme opérait ses prélèvements sur les biens de communauté à titre de propriétaire, cette doctrine critiquée par tous les auteurs a été définitivement abandonnée depuis l'arrêt célèbre de 1858. Il semble bien que la situation soit identique : en 1853, faute d'un texte qui permit à la femme de se présenter comme créancière privilégiée pour se remplir de ses reprises et dans le désir de sauvegarder cependant ses droits, la Cour d'appel de Paris, approuvée par la Cour de cassa-

(1) En ce sens : Percerou, *op. cit.*; Pilon, *op. cit.*; *Gazette des Tribunaux*, 17 septembre 1907.

(2) Note sous arrêt des Chambres réunies (D. P. 1908-1-113).

tion n'avait pas hésité à déclarer qu'elle exerçait ses prélèvements non à titre de créancière, mais à titre de propriétaire. De même pour assurer à l'héritier l'intégralité de sa part héréditaire et faute de pouvoir lui octroyer un véritable privilège, on le considère comme propriétaire, muni du droit réel, opposable à tous.

M. Legrand qui, lui, s'en tient à l'idée aussi critiquable de privilège, reconnaît que « reprises de la femme commune, prélèvements des cohéritiers créanciers du rapport, sont opérations au fond de même nature ». M. Pilon (1) prétend que la situation de la femme commune n'est pas la même que celle de l'héritier, parce que simple créancière chirographaire de la communauté, elle primera les créanciers personnels de son mari, tandis que l'héritier simple créancier chirographaire de son cohéritier subira le concours des créanciers personnels de celui-ci. Mais peu importe le résultat différent de l'exercice d'un même droit dans des conditions différentes, la nature du droit ne s'en trouve pas pour cela modifiée.

Mais, en outre, ce que l'on n'explique pas, c'est comment ce droit de créance que possédait le défunt contre son débiteur, est devenu entre les mains de ses héritiers, un droit réel, c'est-à-dire tout autre et infiniment plus puissant. Dire avec M. le Procureur général Baudouin (2), si le défunt est bien créancier « les cohéritiers ne sont que copartageants et par l'effet combiné de la saisine

(1) *Revue trimestrielle*. 1905, p. 685.

(2) *Conclusions devant les Chambres réunies*.

héréditaire et de l'effet du partage, ils sont vraiment propriétaires des objets compris dans leurs lots », ne nous semble nullement convainquant.

L'effet déclaratif du partage a bien pour effet de faire considérer l'héritier attributaire du prélèvement, comme ayant reçu du défunt lui-même la chose qui en fait l'objet : mais nous avons déjà dit qu'il était une question primordiale à résoudre : celle de savoir si le créancier de l'héritier tenu au rapport ne pouvait s'opposer à cette attribution ; invoquer l'article 883 en l'espèce, c'est commettre une véritable pétition de principe, nous aurons, du reste, l'occasion de revenir sur cette question (1).

Quant à la saisine héréditaire, elle a pour objet de permettre à l'héritier de se mettre en possession des biens de la succession sans avoir à remplir aucune formalité.

Or, comment par la combinaison de ces deux idées, peut-on modifier la nature du droit que l'héritier tient de son auteur : par le seul effet de l'ouverture de la succession, il est créancier de son cohéritier au lieu et place du défunt, et dans la mesure où il le représente : de ce que le droit de créance peut être appelé à se transformer en un droit réel, sur la chose donnée en paiement, et une fois ce paiement effectué, il n'en est pas moins vrai que jusqu'au partage, il est et reste un droit de créance (2)... « Les héritiers ont une double

(1) Voir *suprà*, p. 81.

(2) « Quant à la nature juridique du rapport, elle consiste

qualité. Ils sont copropriétaires et comme tels, ils ont droit au partage des biens communs. Ils sont aussi créanciers, et comme tels, ils sont sur la même ligne que les autres créanciers et ils ne peuvent pas opposer à ceux-ci leur droit de copropriété puisque cette copropriété n'est pas en cause (1). »

Si nous nous reportons à la jurisprudence de la Cour de Cassation, c'est dans les termes les plus absolus qu'elle reconnaît à l'héritier un droit de propriété opposable au créancier personnel de l'héritier tenu du rapport (2), et il faut reconnaître que si dans certains arrêts, elle s'est départie de cette doctrine, ce n'est qu'en l'espèce qui nous occupe et pendant la période intermédiaire de 1887 à 1907. On ne peut donc guère tirer argument de ce revirement momentané et tout spécial, qui est plutôt la conséquence de sa jurisprudence inaugurée par l'arrêt de 1887 et touchant l'article 883, que l'effet d'une conception nouvelle touchant la théorie du rapport.

L'autorité des décisions de la Cour suprême resterait donc entière et susceptible d'être invoquée, si nous ne trouvions à la base de son argumentation un raisonnement faux et déjà critiqué. Quand dans son arrêt du

dans une reconstitution du patrimoine héréditaire opéré par la résolution de la libéralité en cas de rapport en nature, et par la naissance d'une créance si le rapport est en moins prenant. » Baudry-Lacantinerie et Wahl. *Succession*, t. III, § 3489.

(1) Laurent, *op. cit.*, § 638.

(2) Civ., 8 février 1882 (S. 82-1-224). Civ., 29 mars 1892 (D. P. 93-1-168). Civ., 6 août 1895 (D. P. 96-1-126).

6 août 1895, elle dit que si les créanciers de l'héritier n'ont aucun droit vis-à-vis des cohéritiers exerçant leurs prélèvements, c'est que « leur débiteur est *censé* n'avoir jamais eu lui-même aucun droit sur les biens non compris dans son lot », il est évident qu'elle fait allusion à l'effet déclaratif du partage, cela ressort de termes mêmes de la phrase, pour justifier le droit d'antériorité de l'héritier. Quant à l'arrêt des Chambres réunies, pour être moins précis dans la détermination de la nature de ce droit, il n'en est pas moins conçu dans le même ordre d'idée.

Sans revenir sur ce que nous avons déjà dit au début de ce chapitre sur la portée respective de l'article 883 d'un côté, et des articles 829 et 830 de l'autre, il nous suffira de faire remarquer ce qu'il y a de vicieux dans le raisonnement de la Cour de Cassation, prétendant que c'est par suite de l'effet rétroactif du partage que le prélèvement est opposable aux tiers, quand il s'agit justement de savoir si ce droit de prélèvement constitue en lui-même, et avant le partage fait, un droit de créance pur et simple, un droit de créance privilégié, ou un droit de propriété.

Il nous semble donc logique d'amettre avec M. Laurent et avec M. Deschamps (1) que le rapport des dettes n'est qu'un simple mode de règlement, une simple

(1) En ce sens, *Journal des notaires*, 1902. Art. 27494 : « L'obligation du rapport [en [moins prenant ne constitue qu'une dette chirographaire qui ne peut primer le créancier hypothécaire du créancier de l'héritier. »

liquidation entre cohéritiers, sans qu'il en résulte à leur profit, au moins tant que le partage n'est pas régulièrement effectué, un droit opposable aux créanciers personnels de l'un d'eux, surtout si nous remarquons que les articles 829 et 830, les seuls où il soit question du rapport des dettes « ne concernent que les relations des cohéritiers entre eux, la composition de la masse et le partage (1) ».

Mais la majorité des auteurs donne à la théorie du rapport des dettes une origine toute différente de celle que lui assigne M. Deschamps, et il est pour eux difficile d'admettre que la portée de cette institution se ramène seulement à faciliter la liquidation d'une indivision et l'établissement des droits réciproques de chacun des indivisaires.

Pour M. Deschamps, ce mode de règlement se pratiquait à Rome aussi bien que dans notre ancien droit, et aussi bien à propos de toute indivision qu'à propos du partage d'une succession, sans qu'il en résultât le moindre avantage pour les coindivisaires, si ce n'est de « prendre en paiement » une chose autre que celle dont ils étaient réellement créanciers.

Mais pour la majorité des auteurs, tout autre est le principe originaire du rapport des dettes, qui ne serait qu'une suite du rapport des dons et des avantages indirects faits par le défunt.

Dans notre ancien droit où le rapport des dons n'était dû que par les descendants, il était tout naturel de

(1) Laurent, *op. cit.*, t. X, § 638.

considérer comme avancement d'hoirie tout prêt fait par un père à ses enfants, ce qui se comprend d'autant mieux que le prêt était alors un acte à titre gratuit. Le prêt en ligne directe descendante avait donc été assimilé à une libéralité et soumis aux règles du rapport des dons. Lebrun avait essayé d'étendre le rapport des dettes même en ligne collatérale et, bien que cette tentative n'eut aucun succès, le Code civil faisant du rapport des dons une règle générale s'imposant à tout héritier ab intestat aurait, du même coup, généralisé en matière de dettes l'obligation du rapport telle qu'elle était déjà conçue dans l'ancien droit.

Quoiqu'il en soit de l'origine du rapport des dettes, nous signalerons seulement quelles conséquences logiques comporte celle qui lui est presque unanimement assignée et qui serait de nature à en restreindre considérablement l'application.

Si le rapport des dettes est fondé sur l'idée d'avancement d'hoirie, force est bien de reconnaître qu'en partant de ce principe originaire, les règles du rapport ne peuvent s'appliquer indifféremment à toutes les dettes dont l'un des héritiers se trouve tenu vis-à-vis de l'auteur commun ou vis-à-vis de la succession.

Devra-t-on soumettre au rapport les dettes qui ont pris naissance postérieurement à l'ouverture de la succession ? En tant que copropriétaires indivis, en tant que communistes, les cohéritiers pourront se trouver réciproquement débiteurs ou créanciers les uns des autres : par exemple, l'un des héritiers a perçu les fruits

d'un bien de succession, il a préjudicié par une mauvaise gestion de la masse commune au droits de ses cohéritiers, plus simplement il a commis des déprédations : il se trouvera de ces différents chefs débiteur de ses cohéritiers ; mais alors ces dettes doivent être considérées comme des dettes ordinaires. On ne saurait les rattacher en aucune manière, ni à l'idée de libéralités, ni à la qualité d'héritier : elles sont nées non point en la personne du défunt, mais en la personne de chacun des héritiers directement, en raison de leur seule qualité de copropriétaires indivis, par l'effet du quasi contrat d'indivision (1).

D'un autre côté, le prêt dans l'ancien droit était gratuit, ce qui permettait, avons-nous dit, de l'assimiler facilement à un avancement d'hoirie. Il semble donc que l'obligation du rapport ne puisse s'appliquer aux dettes nées de contrats à titre onéreux passés avec le défunt, si le terme n'en est pas encore échu ; ce serait « dépasser sans utilité les limites que la nature de son motif assigne au rapport des dettes : que l'héritier soit soumis à rapporter ce qu'il a reçu du défunt à raison du lien de parenté, à titre plus ou moins gracieux sous la forme d'un acte avantageux destiné à lui venir en aide, cela se conçoit ; mais qu'une obligation, peut-être fort lourde, née d'un contrat dont le successible a fourni la contre-

(1) En ce sens. Cas. 7 juillet 1892 (S. 93-1-129 ; D. P. 93-4-50). *Gazette des Tribunaux*, 15 septembre 1907, *in fine*. — M. Labbé (*Revue pratique*, 1859) exige, pour que la dette soit rapportable, que quelque chose soit sorti du patrimoine du *de cujus*.

partie devienne immédiatement exigible, contrairement au droit commun et à la volonté des parties, voilà qui manque totalement de raison » (1).

Enfin et toujours, d'après l'origine qu'on lui assigne, le rapport des dettes, de même que le rapport des dons n'est susceptible de s'appliquer qu'en matière de succession : ce n'est qu'entre cohéritiers qu'il peut être question de rapport et il semble bien que la jurisprudence ait fait fausse route, en considérant la théorie du rapport comme s'appliquant au partage de toute indivision, quelle qu'en soit l'origine.

Autant d'importantes questions sur lesquelles l'accord est loin d'être parfait et nous avons cru devoir les signaler afin de bien montrer que la théorie des prélèvements, telle qu'elle est conçue généralement et telle que certains auteurs ont voulu l'appliquer en l'espèce, fut-elle exacte, ne donnerait satisfaction à l'héritier que dans un certain nombre de cas limités.

SECTION III. — *De l'inefficacité du prélèvement, même pour cause de rapport des dons, sur une créance de succession en général et sur la créance du prix de licitation en particulier qui n'est pas une créance de succession.*

Nous avons dit qu'il nous semblait logique d'admettre avec M. Deschamps que le rapport des dettes n'avait

(1) Planiol, *op. cit.*, t. III, § 1303. En ce sens : Cas. 29 décembre 1858 (S. 59-1-209).

d'effet que dans les seules relations des cohéritiers entre eux ; mais nous aurions pu éviter de prendre parti dans cette importante et délicate question. Nous ne pensons pas, en effet, que la solution du conflit en l'espèce précise qui nous intéresse, dépende nécessairement, comme on l'a prétendu (1), de la théorie admise en matière de rapport de dettes.

Car serait-il exact de dire avec la majorité des auteurs, que c'est à titre de copartageant, à titre de copropriétaire que l'héritier opère ses prélèvements, cette théorie ne saurait avoir pour effet de donner à l'héritier attributaire de la créance du prix de licitation la préférence sur le créancier hypothécaire. Pour nous, c'est ce dernier qui doit l'emporter, quelle que soit la cause du prélèvement, rapport de dettes ou rapport de dons.

Nous avons vu au chapitre précédent que, d'après l'interprétation justement admise de l'art. 1220, toute créance de succession figurait pour une quote-part dans le patrimoine des héritiers et que les causes d'extinction, les actes de disposition, les hypothèques, les saisies, tous droits des ayants cause de l'héritier antérieurs au partage et définitivement acquis, subsistaient sur la quote part de créance quelle qu'en soit l'attribution ultérieure et ce, en raison de l'effet restreint de l'article 883, en matière de droits incorporels.

Mais sans plus nous occuper de l'art. 883, nous allons rechercher si le fait que l'héritier attributaire de la

(1) Pilon. *Revue trimestrielle*, 1905, page 685.

créance, l'est devenu pour cause de rapport, lui confère un droit spécial qui lui permette de méconnaître les droits définitivement acquis à des tiers sur la part de créance avant le partage.

D'abord, il n'y a pas à s'arrêter à cette idée de compensation entre la part héréditaire et le rapport qui a été invoquée dans quelques arrêts (1) : il manque au moins un élément indispensable pour que la compensation puisse s'opérer, puisque des deux dettes, l'une ne sera liquide qu'une fois les opérations du partage terminées. En outre, il n'est pas permis de dire que les héritiers sont réciproquement créancier et débiteur, puisque celui qui doit le rapport est créancier de l'adjudicataire (2).

On ne saurait non plus admettre (et ce que nous avons dit du rapport des dettes s'applique également au rapport des dons) que le copartageant bénéficie d'un véritable privilège pour opérer ses prélèvements : ce qui n'a du reste été soutenu que par de très rares auteurs.

Mais quand le prélèvement porte sur un objet indivis, il est rigoureusement possible de dire pour faire échec aux prétentions du créancier personnel de l'héritier, que le prélèvement s'exerce à titre de copropriétaire,

(1) Besançon (15 novembre 1901), page 34. Bourges (28 mai 1902). page 32.

(2) Ce n'est que si la masse de succession était douée de personnalité ou formait une communauté indépendante que l'on pourrait dire qu'il y a compensation, puisque l'héritier serait en même temps créancier et débiteur de cette masse.

bien que cela ne nous semble pas exact en l'état des textes et tout au moins pour le rapport des dettes.

Cependant, quand le prélèvement porte sur une créance, il est impossible de raisonner de même, c'est-à-dire d'expliquer ce prélèvement par *un accroissement du droit de copropriété du copartageant entraînant ab initio une division de la créance conforme à cet accroissement*. En effet, la quote-part dont l'héritier se trouve saisi, s'établit par le seul fait de l'ouverture de la succession, uniquement en raison de la vocation héréditaire de l'héritier et dans la mesure de cette vocation héréditaire, en dehors de toute idée de rapport de dons ou de dettes; le fractionnement de la créance n'est soumis à aucune liquidation ou établissement de comptes préalable. Nous avons vu que même les auteurs qui discutent la portée de l'art. 1220 n'en restreignent pas les effets à la seule portion de créance qui constitue définitivement l'émolument de l'héritier, et qu'ils autorisent ce dernier à poursuivre le recouvrement de la totalité de sa part virile contre le débiteur (1).

D'après l'interprétation de l'art. 1220 justement admise par la jurisprudence et la majorité de la doctrine, nous sommes amenés à dire que la créance a été divisée *de plano* entre chacun des héritiers dans la mesure de leur vocation héréditaire, non seulement au point de vue du

(1) De même qu'il est unanimement admis que l'héritier peut, en vertu de ce même art. 1220, être poursuivi pour sa part virile dans une dette de succession, même s'il n'a rien à prendre dans l'hérédité.

droit de poursuite, mais que dans cette même proportion elle est devenue immédiatement le bien de l'héritier (1), que ne faisant plus partie de l'indivision, elle n'est pas susceptible d'être l'objet d'un droit de copropriété plus ou moins indéterminé ; non plus qu'elle ne peut être à proprement parler l'objet d'un partage ou d'un prélèvement. La liquidation a seulement pour effet de faire passer dans le patrimoine de l'héritier à qui rapport était dû, la part de créance qui se trouvait dans le patrimoine de celui qui en était tenu. Il est indiscutable qu'en l'espèce, à moins de restreindre d'une manière inadmissible la portée de l'art. 1220, ou d'invoquer la subrogation, ce qui n'est pas non plus permis, il n'y a de la part de l'héritier attributaire qu'une *prise en paiement*, de la part de son cohéritier, qu'une dation en paiement, et cela sinon en raison même de la nature du droit de prélèvement, du moins en raison de la nature de l'objet prélevé.

On peut objecter qu'il est illogique de faire dépendre l'effet du prélèvement de la composition toute fortuite de la masse successorale en biens incorporels. Mais cette solution découle de l'interprétation couramment admise de l'art. 1220 et de la manière différente dont s'opère la dévolution des biens héréditaires suivant qu'ils sont incorporels ou corporels : ces derniers restent dans l'indivision, ce sont les seuls qui soient susceptibles d'un prélèvement à titre de coportageant et, avons-nous dit,

(1) Et c'est cette division immédiate qui s'opère à titre de copartageant ou de propriétaire.

cette conception, pour être admissible à la rigueur ne nous paraît nullement autorisée par les textes et tout au moins peu en harmonie avec les principes généraux réglant la dévolution des biens héréditaires ; n'en aurions-nous pour preuve que cette impossibilité de la concilier en matière de créance avec l'art. 1220.

Mais si nous nous reportons à la théorie que nous avons admise au chapitre précédent et qui consiste à dire que cette créance du prix de licitation, née postérieurement à l'ouverture de la succession, est une créance propre à l'héritier, il ne saurait y avoir aucune difficulté pour trancher le conflit : en effet, sa solution ne dépend nullement d'une interprétation plus ou moins large de l'art. 1220 touchant la division de plein-droit des créances d'hérédité, puisqu'en l'espèce il s'agit d'une créance conjointe née divisée au profit des créanciers conjoints et indiscutablement incorporée d'une manière définitive dans leur patrimoine. Et à moins de dire, contrairement à un principe unanimement admis, que l'héritier, à qui rapport est dû, peut, en cas d'insuffisance des biens héréditaires, se faire payer par privilège ou par droit d'antériorité sur le patrimoine de l'héritier qui le doit, il faut reconnaître que le créancier hypothécaire l'emportera sur le cohéritier, qui n'est en l'espèce qu'un simple créancier chirographaire, quels que soient les droits qu'on lui reconnaisse sur la masse de succession.

Le raisonnement que nous venons de développer au cours de cette deuxième partie de notre étude peut se résumer ainsi :

1° L'hypothèque grevant l'immeuble indivis du chef de l'un des indivisaires subsiste après la licitation au profit d'un étranger, puisqu'il n'y a pas lieu d'invoquer l'article 883.

2° Que la créance du prix de licitation soit considérée comme une créance de succession, ou comme une créance propre aux héritiers, peu importe, elle est, dans l'un et l'autre cas, tombée dans leur patrimoine, et les droits définitivement concédés par chacun d'eux subsistent sur leur quote part de créance, (même s'il s'agissait d'une créance de succession soumise au partage. Arg. art. 1220 C. civ.).

3° Les créanciers hypothécaires de l'héritier doivent être colloqués à leur rang sur la part de leur débiteur dans le prix : ils ne pourraient être primés par le cohéritier à qui rapport est dû que si celui-ci était nanti d'un véritable privilège sur le patrimoine du cohéritier qui en est tenu ; sans qu'il puisse être question de droit de copropriété, puisque le droit de créance ne fait pas partie de la masse indivise.

TROISIÈME PARTIE

De l'utilité d'une réforme législative.

CHAPITRE PREMIER

DES ARGUMENTS D'ÉQUITÉ ET DES PRINCIPES GÉNÉRAUX DU CODE CIVIL EN FAVEUR DES HÉRITIERS.

Jusqu'à présent, nous avons admis sans réserve la théorie qui pendant vingt ans fut consacrée par les arrêts successifs de la Cour suprême, et nous nous sommes efforcés de démontrer qu'il n'était pas un argument tiré des textes qui put justifier le retour des Chambres réunies à une doctrine justement abandonnée.

La jurisprudence intermédiaire de la Cour de cassation avait cependant soulevé depuis 1887, et d'autant plus qu'elle s'affermissait davantage, des protestations nombreuses et peut-on dire unanimes de la part des auteurs, commentateurs ou arrêtistes, et surtout de la part des praticiens.

Notaires et avoués s'étaient émus non surtout de l'abandon d'un principe auquel ils étaient attachés par la force d'une habitude (1), mais parce qu'ils estimaient

(1) Comme l'a prétendu M. Wahl. *Revue trimestrielle* 1906.

que cette nouvelle doctrine, en raison de ses effets désastreux, pour les héritiers, ne pouvait être qu'une cause de difficultés sans nombre, et la source des troubles les plus graves dans les familles.

On a dit de cette jurisprudence « que c'était une prime donnée aux créanciers des fils de famille prodigues ou malheureux, qui sachant qu'il existe dans la succession que leur débiteur est appelé à recueillir des immeubles, ne manqueront pas de prendre d'avance toutes les sûretés hypothécaires, et dépouilleront ainsi les héritiers qui n'auront rien reçu par anticipation. Ce sont d'interminables procès et d'incessants recours dans les familles, sans compter les fraudes qu'il sera facile d'imaginer pour faire naître ou laisser subsister un passif fictif et toucher double part. La femme d'un héritier prenant lors des formalités de purge son inscription d'hypothèque légale sur un immeuble adjudgé à un étranger pourra entraver indéfiniment une liquidation, provoquer une surenchère, exposer les cohéritiers de son mari à des recours en garantie, à des indemnités très onéreuses du chef de l'adjudicataire évincé ou en péril de l'être (1) ».

Si nous résumons et précisons les griefs qui ont été faits à cette doctrine, ils peuvent se ramener à cette proposition principale : qu'en l'espèce, on ne peut donner la préférence au créancier personnel de l'héritier à l'encontre du cohéritier créancier du rapport, sans porter atteinte à l'équité, et sans méconnaître le vœu

(1) *Gazette des Tribunaux* du 13 décembre 1896.

du législateur, en violant le principe de l'égalité entre copartageants.

Parmi les arguments développés à l'appui de cette idée, il en est certes de contestables, nous aurons l'occasion de le faire remarquer, mais nous devons reconnaître que, d'une manière générale, on ne saurait nier la réelle portée de l'objection.

Il n'est pas discutable que les auteurs du Code civil aient entendu assurer à chacun des cohéritiers une part égale dans la succession qui leur était dévolue. Cette préoccupation se manifeste dans de nombreuses dispositions : c'est avec raison que l'on a tout particulièrement cité l'art. 883, qui a pour but non seulement de faciliter les partages en évitant les actions récursoires entre copartageants, mais surtout d'assurer à chacun d'eux l'émolument auquel il a droit. Ce souci de maintenir l'égalité entre copartageants ressort à l'évidence des prescriptions, très méticuleuses quelque fois, concernant les opérations du partage et la formation des lots (art. 819, 824, 825, 826, 832 du Code civil et Code de procédure, II^e Partie, Livre II, Titre VII). On peut encore et tout particulièrement se baser dans cet ordre d'idée sur l'institution et le fonctionnement du rapport, tout au moins et d'une manière indiscutable en ce qui touche le rapport des dons (Code civil, Liv. III, Tit. I, section II); sur l'obligation de garantie (art. 884-885), la rescision pour lésion (art. 887) et le privilège du copartageant (art. 2103 § 3).

Dans de nombreux textes se manifeste également le

souci de faire respecter cette égalité entre cohéritiers au détriment même des créanciers personnels de l'un d'eux (art. 830, 865, 2103, 2109, 2205).

Mais en regard de cette volonté bien établie du législateur de sauvegarder l'égalité entre copartageants, il est un principe non moins indiscutable et tout aussi conforme à l'équité, qui domine toute la théorie des obligations, en vertu duquel le patrimoine du débiteur devient le gage commun de tous ses créanciers, sauf les causes de préférence formellement établies. (Arg. art. 2093).

En matière même de succession et en faveur des créanciers personnels de l'héritier, nous pouvons citer les art. 865 et 882 du Code civil, qui ont pour effet de leur assurer l'exercice de leur droit de gage général ou spécialisé.

Sur quoi se base-t-on pour dire que de ces deux principes, c'est celui de l'égalité entre copartageants qui doit l'emporter? car il est bien évident que, suivant la solution admise, l'un des deux sera violé (1).

On a dit que le premier avait été dicté par un grand intérêt social, tandis que l'autre trouvait sa base dans

(1) M. Wahl prétend que le principe de l'égalité entre copartageants sera respecté même dans la solution qu'il adopte et à laquelle nous nous sommes ralliés. « Il est sauvegardé, dit-il, dès lorsque les cohéritiers ne sont pas dépouillés de leur action contre les débiteurs du rapport. Les obstacles de fait auxquels ils peuvent se heurter, n'empêchent pas que le principe de l'égalité ne soit respecté en droit. »

un intérêt d'ordre privé (1). Il serait plus vrai de dire que l'un et l'autre sont d'un intérêt social indiscutable et qu'une bonne réglementation du régime hypothécaire ne le cède nullement en importance à une bonne réglementation du régime successoral. Si on a voulu dire par là que le principe de l'égalité entre copartageants est d'ordre public et qu'on ne saurait y porter atteinte en aucune circonstance, cela est certainement faux : le père de famille peut lui-même y porter atteinte, les héritiers peuvent y renoncer et aux termes mêmes de la loi peuvent être déchus du droit de s'en prévaloir (art. 892 du Code civil).

« L'héritier ne choisit pas son cohéritier, a-t-on soutenu (2), si ce dernier est insolvable ou malhonnête, il serait injuste que son cohéritier en souffre. Entre créancier et débiteur, au contraire, les rapports sont conventionnels, il est loisible au créancier de ne pas traiter avec son débiteur; s'il a mal placé sa confiance, il est en partie l'auteur de son préjudice. » M. le procureur Baudouin, développant cette idée dans ses conclusions devant les Chambres réunies, ajoute « que le créancier devait savoir notamment que la garantie offerte était absolument incertaine, puisque s'il y avait partage en nature ou licitation plaçant le bien hypothéqué dans le lot d'un autre héritier que le constituant, l'effet déclaratif du partage se produirait nécessairement. »

(1) Besançon, 19 novembre 1901. Dans le même sens. Pilon *Revue trimestrielle*, 1903, page 675.

(2) *Gazette des Tribunaux* du 15 septembre 1907.

Mais il est permis de répondre que toutes les hypothèques ne sont pas conventionnelles, qu'en l'espèce tout particulièrement, il peut s'agir d'hypothèques légales nées antérieurement à l'ouverture de la succession et qui tendent à assurer l'exercice de droits dignes à tous égards d'être protégés.

Mais même l'hypothèque serait-elle conventionnelle qu'il n'en résulterait pas forcément qu'elle constituerait au moins de la part du créancier, une spéculation malhonnête, ainsi qu'on l'a dit pour corser l'argument (1). Les étrangers ignorent généralement s'il y a lieu à rapport de dons ou à rapport de dettes entre cohéritiers; ces questions sont d'ordinaire connues des seuls membres de la famille. On peut tout aussi bien supposer une entente frauduleuse de ces derniers, dans le but d'entraîner un capitaliste honnête, à avancer des fonds à l'un d'eux, en raison d'une garantie qu'ils sauraient par avance pouvoir rendre illusoire. Du reste pour les usuriers et les gens peu scrupuleux, l'hypothèque se prête à de nombreuses spéculations louches et se livrer à un calcul de probabilités pour rechercher dans quelle mesure on peut présumer de la bonne foi de l'un ou l'autre des adversaires, nous semble pour le moins inutile.

Il suffit de reconnaître qu'en donnant en l'espèce la prépondérance au créancier hypothécaire cela revient à faire bénéficier l'héritier débiteur du rapport d'une part d'hérédité plus considérable que celle à laquelle il avait

(1) *Gazette des Tribunaux* du 30 octobre 1896.

réellement droit. Si nous nous reportons à l'exemple pris au début de cette étude, il est de toute évidence que Primus par le maintien de l'hypothèque bénéficiera directement ou indirectement d'une valeur triple de celle que recueillera Secundus : ce dernier en sera réduit à la seule attribution d'une somme de 25.000 francs sur le prix de vente de l'immeuble, tandis que Primus qui a déjà reçu du défunt 50.000 francs, a pu se constituer aux dépens de son cohéritier pour 25.000 francs de crédit sur une valeur héréditaire dont il ne devait pas en bonne justice pouvoir disposer (1).

Ce résultat est évidemment des plus regrettables et sans qu'il soit besoin pour le démontrer de faire appel au moindre développement juridique ou moral.

En sens contraire, quelques auteurs, M. Wahl en particulier (2) se sont efforcés de justifier la prépondérance de l'héritier par des considérations d'ordre général, basées sur le principe de la libre circulation des biens. Il est en effet d'un réel intérêt que l'héritier puisse disposer de sa part sans avoir à attendre la fin de la liquidation mais il n'est pas équitable que cet acte de disposition puisse être une cause de préjudice pour ses cohéritiers qui y sont restés complètement étrangers et « on ne saurait admettre qu'il soit plus intéressant de voir un créancier payé par une succession échue à son débiteur, dans laquelle celui-ci n'avait plus rien à prétendre, que

(1) Le cohéritier peut même se trouver privé de sa réserve et c'est ce qui se passe dans l'exemple que nous avons choisi.

(2) Sirey 1905-2-89 et *Revue trimestrielle du droit civil*, 1906.

de voir un héritier recevoir intégralement la part que la loi lui a dévolue » (1).

De l'intérêt de l'adjudicataire on s'est également efforcé de tirer argument contre les cohéritiers : si dit-on, ce n'est qu'au jour du partage que doivent être établis les droits de propriété de chacun des héritiers, comment l'acquéreur pourra-t-il purger les hypothèques grevant l'immeuble et les créanciers ne pourront-ils pas mettre obstacle à cette formalité qui fait courir le délai de surenchère tant qu'ils ne seront pas fixés sur la valeur de leur hypothèque.

M. Demolombe émettant une opinion qui n'a pas été reprise, estime que la licitation même au profit d'un étranger fixe irrévocablement le prix et qu'il ne saurait y avoir lieu à surenchère (2). Mais aux termes de l'article 2185 du Code civil, la seule condition pour surenchérir est d'être inscrit sur l'immeuble : on ne saurait donc refuser ce bénéfice aux créanciers hypothécaires sur part indivise (3). Mais la situation n'en est pas pour cela sans issue : il suffira à l'acquéreur de purger du chef de tous les héritiers, contre tous les héritiers inscrits, rien ne s'oppose à cette façon de procéder. Si l'un des créanciers surenchérît dans les délais et que son droit soit contesté par les héritiers, il appartiendra à

(1) *Gazette des Tribunaux*, 13 septembre 1917. Dans ce sens Labbé (S. 89 1-193).

(2) Demolombe, t. V, § 274.

(3) En ce sens : Labbé (S. 1889-1-195). Wahl (S. 94-1-419).

ces derniers de procéder immédiatement au partage ou d'obtenir du tribunal un délai pour y mettre fin.

Il n'en est pas moins vrai qu'il pourra s'écouler une assez longue période d'attente pendant laquelle les effets de la surenchère seront suspendus pour le plus grand préjudice de l'acquéreur, qui aurait intérêt à être définitivement fixé sur la validité de cette surenchère, puisque de là dépend le maintien ou la résolution de son acquisition.

En outre, l'acquéreur une fois le partage effectué et son prix régulièrement payé conformément aux attributions qui en auront été faites ne sera pas à l'abri de toute éventualité fâcheuse : ce partage pourra, en effet, être attaqué pour cause de nullité ou pour cause de lésion. Et si nous supposons qu'à la suite d'une nouvelle liquidation, les attributions primitives viennent à être modifiées, l'adjudicataire se trouvera avoir payé à tort entre les mains de non propriétaires ou entre les mains de créanciers dont l'hypothèque ne devait pas être considérée comme valable. Il se trouvera en but aux poursuites des nouveaux attributaires ou de leurs créanciers et n'aura peut-être qu'un recours illusoire contre ceux à l'égard desquels il s'était une première fois libéré.

Bien que la portée de ces considérations soit très réelle, nous ne croyons pas cependant qu'il y ait lieu de s'y arrêter, car on ne saurait en tirer un véritable argument contre l'héritier : c'est pourquoi après avoir suivi dans l'étude des textes la voie tracée par M. Wahl, nous nous écarterons de l'opinion de l'éminent

professeur quand il cherche à justifier même en équité la solution qu'il préconise.

Mais la raison d'équité, si puissante soit elle en faveur de l'héritier ne saurait prévaloir aux yeux du juge, pour faire échec aux prétentions du créancier hypothécaire, qui trouvent leurs bases dans des dispositions positives sur la foi desquelles il a traité et on ne saurait lui en retirer le bénéfice.

CHAPITRE II

EXISTE-T-IL UN MOYEN EFFICACE DE SAUVEGARDER LES DROITS DES HÉRITIERS ?

Devant la jurisprudence persistante de la Cour suprême de 1887 à 1907, praticiens et auteurs se sont efforcés de trouver quelque moyen détourné qui permit soit en cas de conflit, d'assurer l'exercice du droit du cohéritier, soit plutôt d'éviter tout conflit de cette nature entre cohéritier et créancier. Ce sont ces divers moyens que nous allons passer en revue :

SECTION I. — *Privilège du copartageant.*

On a cru possible de garantir les cohéritiers bénéficiaires du droit au rapport en s'appuyant sur le privilège du copartageant. Ce moyen a été particulièrement préconisé par M. Giraud (1) et le Tribunal civil de la Seine en a admis l'efficacité dans un jugement du 12 avril 1904 (2).

M. Giraud, citant MM. Aubry et Rau rappelle d'abord que « ce privilège a pour objet de maintenir l'égalité entre les copartageants en les garantissant réciproque-

(1) *Revue trimestrielle*, 1904, p. 515.

(2) *Gazette du Palais*, 1904-1-669. *Gazette des Tribunaux* du 3 septembre 1904.

ment de toutes pertes qui auraient pour résultat de la rompre. Il s'applique donc à la garantie de toutes les valeurs soit mobilières, soit immobilières qui dépendent de la masse commune qui, comme chose principale ou accessoire, ont été comprises au partage et assignées à un ou plusieurs des copartageants et notamment aux rapports à faire entre cohéritiers ainsi qu'aux restitutions de fruits dûs par l'un des copartageants ».

Recherchant ensuite sur quels biens porte le privilège, cet auteur continue « Aux termes de l'art. 2103 § 3 du Code civil, le privilège du copartageant grève tous les immeubles de la succession sans distinction entre ceux partagés et ceux encore indivis, car si l'art. 2109 parle d'inscription à prendre sur chaque lot ou sur le bien licité, c'est à titre purement énonciatif; mais sans déroger en rien à l'art. 2103 qui édicte la règle », et il conclut de là que sur le prix de licitation, le cohéritier qui a pris soin de faire inscrire son privilège dans les délais, primera le créancier hypothécaire de l'héritier. Ce que dit M. Giraud, de l'assiette du privilège n'est pas absolument exact : car il semble bien ressortir des art. 2103 et 2109, que le privilège ne porte sur les immeubles, qu'autant seulement qu'ils ont été mis au lot de l'un des héritiers. Mais si reprenant les termes mêmes qu'emploie M. Giraud, nous disons que le privilège du copartageant porte sur les immeubles de succession, qu'ils soient partagés ou qu'ils soient encore indivis, il n'en résultera, au cas qui nous occupe aucun avantage pour l'héritier. Car l'immeuble licité au profit

d'un étranger est sorti définitivement de la masse de succession par une vente et non pas par un partage. Pourra-t-on admettre cependant que le privilège frappe ce prix de licitation? Il faut alors dire que non seulement le prix remplace l'immeuble dans la masse successorale, mais qu'il a comme lui un caractère immobilier et indivis et que ce qui sera dit de la répartition de ce prix sera censé avoir été dit de l'immeuble lui-même : ce sont justement ces points qui sont discutés et s'ils étaient admis, il serait inutile d'invoquer le privilège du copartageant.

Si nous nous reportons à la jurisprudence, il est évident que la Cour de cassation a adopté cette manière de voir et, ainsi que l'a dit M. le Procureur général Baudouin, elle rattache le privilège du copartageant à l'effet déclaratif du partage, n'admettant l'un que là où l'autre se produit, et, encore une fois, la difficulté est justement de savoir si l'effet déclaratif s'applique soit à la licitation, soit au partage du prix.

Dans son arrêt du 19 octobre 1896 (1), la Chambre

(1) Voir *supra*, page 28 et (D. P. 97-1-44) (S. 98-1-42). On a reproché à la Chambre des requêtes d'appuyer sa décision sur la négation de l'effet déclaratif de la licitation prononcée au profit d'un étranger. Et, en effet, le seul argument invoqué pour repousser l'application du privilège du copartageant est le suivant : « Attendu que dans ce cas la licitation substitue à la propriété indivise des immeubles possédés par les colicitants, la propriété de prix de vente régis par les principes de la vente et non par ceux du partage. »

Il résulterait donc d'un tel principe pris à la lettre que les cohéritiers bénéficieraient non pas du privilège du vendeur, mais du

des requêtes a jugé que les immeubles dont le prix était en distribution ayant été adjugés sur licitation à des étrangers à la succession, le cohéritier ne pouvait, dans ces circonstances, faire valoir son privilège de copartageant sur lesdits immeubles, au regard des créanciers personnels de son colicitant (1).

Quant au jugement du Tribunal civil de la Seine du 12 avril 1904, il a été infirmé par arrêt de la Cour de Paris du 21 juin 1905, en ces termes : « Considérant que le privilège du copartageant est purement immobilier, que le seul immeuble de la succession ayant été adjugé à un tiers antérieurement, non seulement à la date de l'inscription de ce privilège, mais à celle du partage lui-même, c'est à tort que les premiers juges ont donné effet à cette inscription (2).

privilège du copartageant, des lors que la licitation emporterait effet déclaratif, par exemple si elle avait été précédée d'un partage du prix. Il faut reconnaître que la Cour a employé des termes un peu généraux, mais qui ne peuvent cependant laisser aucun doute sur sa doctrine, d'autant mieux qu'en l'espèce il s'agissait non pas de l'exercice du privilège à l'égard du tiers acquéreur, mais à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier qui voulaient se faire payer sur la part de ce dernier.

(1) Dans le même sens. Civ. 26 juin 1895 (D. P. 96-1-548).

(2) Cet arrêt continue, après avoir reconnu qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer en l'espèce l'art. 883 : « il ne s'en suit pas que les créanciers hypothécaires doivent être nécessairement et dans tous les cas colloqués sur, le prix de licitation jusqu'à concurrence de l'entière part virile de leur débiteur ; qu'il en est ainsi sans doute lorsque le débiteur avait droit à toute cette part au moment de la constitution de l'hypothèque. Mais qu'il n'en est pas de même quand l'héritier devait à la succession du *de cujus*

En outre, M. Giraud prétend que le privilège valablement inscrit remonte, quant à ses effets, au jour même de l'ouverture de la succession. De cette façon, l'héritier privilégié primera les créanciers hypothécaires du cohéritier débiteur inscrits au cours de l'indivision ou même ayant hypothèque légale dès avant le commencement de cette indivision. Mais n'est-il pas plus exact de faire remonter l'effet de ce privilège à la date de l'acte de vente ou de partage, car c'est à cette date seulement que s'établissent les droits réciproques des cohéritiers et qu'est née la créance? A moins de dire « que le partage emporte effet rétroactif pour les créances qui en résultent, aussi bien que pour les attributions de propriété qu'il contient », comme le suggère M. Planiol (1), sans beaucoup de conviction, semble-t-il.

En tout cas, il apparaît bien que ce n'est qu'en s'appuyant sur l'effet déclaratif du partage que l'on puisse faire remonter l'effet du privilège au jour même de l'ouverture de la succession (2). C'est donc, sous une autre forme et à un autre point de vue, reproduire ce même raisonnement que nous venons de critiquer en ce qui concerne l'assiette du privilège.

des sommes ou valeurs représentant tout ou partie de sa part héréditaire et dont il était tenu de faire le rapport en moins prenant. Qu'étant rempli par avance dans cette mesure de ses droits et n'ayant de ce chef rien à prendre dans les autres effets de la succession, il n'en est le propriétaire que dans la stricte limite de l'excédent. »

(1) T. II, § 3142.

(2) En ce sens : Wahl. *Revue trimestrielle*, 1905.

SECTION II. — *Partage du prix antérieurement
à la licitation.*

Nous avons vu qu'aux termes d'un arrêt du 18 juin 1900 (1), la Cour de cassation avait décidé que quand, par une convention antérieure à la licitation, les cohéritiers ont liquidé tous leurs droits et fixé définitivement leurs parts dans les valeurs successorales, y compris le prix à provenir d'un immeuble qui doit être licité, cette convention devait produire les effets déterminés par l'art. 883; en conséquence, par suite de l'effet déclaratif du partage, l'hypothèque constituée sur part indivise doit s'évanouir, s'il n'a été attribué au constituant aucune part dans le prix de l'immeuble.

La Cour de Cassation est même revenue sur cette idée dans son arrêt du 17 mars 1906 (2), comme si elle avait voulu attirer l'attention des praticiens sur un moyen efficace de sauvegarder les droits des cohéritiers (3).

(1) Voir *supra*, page 30.

(2) Voir *supra*, page 36.

(3) Dès 1876 (*Revue du Notariat*, n° 5087), à un moment où la jurisprudence de la Cour suprême ne pouvait en rien laisser prévoir l'utilité de cette façon de procéder, M. Homo en avait préconisé l'emploi. Visant le cas particulièrement fréquent où la licitation doit être suivie d'opérations compliquées telles que rapports, prélèvements, déductions à l'acquit du passif, etc., M. Homo conseille d'insérer dans le cahier des charges qui précédera l'adjudication, une clause analogue à celle-ci :

« Les adjudicataires paieront leur prix d'abord aux mains des créanciers inscrits sur l'immeuble vendu, en faveur desquels

Cette jurisprudence a soulevé quelques protestations parmi les auteurs :

On a dit : « Comment concevoir au point de vue juridique la distribution du prix d'une vente, avant que cette vente ait eu lieu, alors qu'en tout cas le prix ne peut être fixé que par la vente elle-même et reste jusque-là soumis au hasard de l'adjudication et dire avec la Cour de cassation que cet acte qui attribue un prix encore inexistant a le caractère d'un partage définitif ? Est-ce possible (1) ? »

Nous ne croyons pas qu'il y ait là une objection sérieuse ; pour la réfuter nous ne saurions mieux faire que de rapporter les termes mêmes de M. Colin, dans son analyse de la question, telle qu'elle avait été soumise à la Cour suprême le 18 juin 1900 (2). « Dans

toute délégation est dès à présent consentie, sur l'indication que les vendeurs en donneront et au fur et à mesure de l'exigibilité des créances, ensuite pour le surplus aux mains de chacun des vendeurs, pour la part et portion qui sera déterminée par un acte de liquidation et partage qui aura lieu incessamment.

MM. (..... vendeurs) font dès aujourd'hui attribution et abandon réciproque au profit de chacun d'eux respectivement de la part et portion desdits prix qui résultera des opérations de liquidation et de partage ; chacun d'eux devant être considéré, à l'égard de l'acquéreur, comme ayant été seul propriétaire et unique vendeur de la partie des immeubles correspondant à la partie des prix qui entrera dans son lot. »

M. Homo continue : « La condition de l'acquéreur se trouvera ainsi nettement établie vis-à-vis de chaque cohéritier et, croyons-nous aussi, vis-à-vis de leurs ayants cause particuliers. »

(1) Bonnet, *Journal du notariat*, 1900, p. 450.

(2) D. P. (06-1-41).

l'espèce en jeu, il y avait eu partage antérieurement à la licitation. Un état liquidatif dûment homologué avait fixé d'une manière définitive la part revenant à chacun sur le prix à provenir ultérieurement de la vente de l'immeuble, laquelle n'était plus dès lors qu'un mode d'exécution et de réalisation du partage. Certes, l'adjudicataire étranger doit bien être considéré comme un acheteur ayant cause non du défunt, mais des héritiers. Ceux-ci, en revanche, doivent être réputés n'avoir jamais eu plus de droits sur l'immeuble que ceux qui leur sont attribués par l'état liquidatif établissant entre eux une répartition du prix futur équivalant à une répartition de l'immeuble lui-même. En conséquence les hypothèques qu'ils ont établies sur l'immeuble ne doivent être considérées comme valables que jusqu'à concurrence de la part qui doit leur revenir sur le prix. » Et telle est la conclusion de la majorité des auteurs (1).

On a soutenu également qu'aux termes de l'art. 828 C. C., il n'était permis de procéder à l'établissement des comptes et à la formation des lots « qu'après que les meubles et les immeubles ont été estimés et vendus » et qu'on ne pouvait intervertir cet ordre sans violer les prescriptions du Code, qui constituent en la matière des prescriptions impératives et d'ordre public. Mais il y a là une erreur : le législateur a simplement prévu la suite logique des opérations préliminaires du partage et il est certainement permis à des héritiers capables et

(1) En ce sens Wahl, *Revue trimestrielle*, 1906.

consentants de déroger à l'art. 828; c'est du reste ce qu'a jugé la Cour de cassation (1).

Enfin, il est une troisième objection qui a été faite fréquemment et que certains auteurs considèrent comme capitale. Pourquoi, a-t-on dit, l'effet déclaratif se produira-t-il quand l'attribution du prix aura lieu antérieurement à la licitation et pourquoi ne se produira-t-il pas quand cette attribution aura lieu après (2)? Mais raisonner ainsi, c'est, nous semble-t-il, ramener la question à son point de départ et revenir à discuter la portée de l'art. 883. Pour nous, la Cour de cassation a fait une application exacte de la fiction qu'il consacre, car si la licitation intervient avant tout partage, l'immeuble est sorti de la masse successorale pour passer dans le patrimoine d'un étranger; ce fait ne saurait être effacé quelle que soit l'attribution ultérieure du prix, mais si les droits de chacun des cohéritiers ont été déterminés d'abord, l'immeuble est sorti de la masse successorale pour passer dans le patrimoine des héritiers et peu importe l'issue de la vente qui pourra ensuite en être faite : suivant la date à laquelle intervient la convention de partage sur le prix, l'art. 883 commande une solution différente, à moins de tenir pour lettre morte les termes de cette convention et de lui dénier toute portée.

Mais ce que l'on peut se demander, c'est si cette répartition du prix équivaut à la répartition par portion

(1) Req. 27 mai 1903 (D. P. 1904-1-137).

(2) En ce sens : Perceron. *Op. cit.* *Gazette des Tribunaux*, 15 septembre 1907.

divise de l'immeuble (1), ou si elle n'a pas plutôt pour effet de substituer à l'indivision née du fait de l'ouverture de la succession, une nouvelle indivision restreinte entre seulement quelques-uns des héritiers ou emportant en tout cas détermination de leurs droits indivis, dans une proportion différente de leur part virile.

Si l'on admet la première opinion, ce n'est plus une licitation qui aura lieu à la suite de la convention, mais bien une vente (2); de plus, on doit reconnaître que cette transmission ne s'est effectuée que sous la condition que l'immeuble soit aliéné. C'est pourquoi l'arrêt du 17 mars 1906 parlant de droit *définitivement réglés sur l'immeuble indivis*, nous porte plutôt à supposer que la Cour de cassation a vu dans cette convention une attribution indivise de l'immeuble, ce qui équivalait à un partage en nature.

Mais qu'il s'agisse d'une attribution divise ou indivise, le partage aura toujours même effet rétroactif, et il faut reconnaître comme parfaitement juridique la distinction admise par la Cour de cassation (3). Il n'en résulte pas qu'il y ait là un moyen véritablement efficace, comme certains auteurs l'ont cru (4), pour assurer aux cohéritiers l'exercice de leurs

(1) En ce sens : Baudry-Lacantinerie et Wahl.

(2) En ce sens : Giraud. *Revue trimestrielle*, 1904, page 517.

(3) Elle semble, du reste, conforme à la théorie admise par M. Demante et par M. Demolombe, qui supposent l'un et l'autre qu'il n'est survenu aucune convention de partage antérieure à la licitation.

(4) Notamment M. Giraud. *Répertoire général du notariat*, 15 et 30 juin 1901.

prélèvements. D'abord, il ne sera permis de procéder au partage du prix préalablement à la licitation qu'entre copartageants capables et de leur assentiment unanime (Arg., art. 828) : il y a tout lieu de craindre que le débiteur du rapport ne se fasse pas faute de protester contre cette mesure ou de n'y consentir qu'aux prix d'un sacrifice de la part de ses cohéritiers. Il resterait, en outre, à rechercher si le créancier personnel ne peut s'opposer à un partage ainsi fait à son préjudice, et nous revenons à cette question si délicate des effets du rapport et de son étendue d'application.

SECTION III. — *Attribution en nature
des biens héréditaires.*

On peut se demander, avons-nous dit, si la Cour de cassation n'a pas estimé que le partage du prix antérieur à la vente entraînait le partage de l'immeuble en nature et par part indivise : cette manière d'interpréter la convention des parties a inspiré à M. Cossart un procédé un peu différent du précédent (1).

D'après cet auteur, les cohéritiers demanderont au tribunal d'ordonner qu'il soit procédé, préalablement à la licitation, à la liquidation des droits réciproques des parties et au règlement des comptes. Les opérations s'effectuant dans cet ordre, les cohéritiers, créanciers d'un rapport, apprécieront s'ils doivent exercer leurs

(1) Circulaire trimestrielle du Comité des Notaires des départements, n° 252.

prélèvements en nature et, le cas échéant, ils demanderont au tribunal de leur attribuer, pour les couvrir de ce qui leur est dû, un immeuble de la succession ; s'ils se trouvent de ce chef débiteurs d'une soulte, leurs cohéritiers seront garantis par le privilège de copartageant.

Il ne semble pas que ce procédé, tel que l'a présenté M. Cossart soit susceptible de recevoir son application : car il n'appartient pas au tribunal d'ordonner contrairement à la loi, que l'établissement des comptes précède la licitation : il faut, avons-nous déjà dit, pour procéder ainsi des héritiers capables et consentants. D'un autre côté il est possible que l'héritier ne veuille pas demander le prélèvement d'un immeuble dont il ne saura que faire ou qu'il se trouve fort embarrassé pour payer les soultes qui peuvent être mises à sa charge.

Enfin là aussi une question primordiale devra être résolue, celle de savoir si, indépendamment de l'effet rétroactif du partage, le prélèvement pour cause de rapport est ou non opposable aux créanciers personnels de l'héritier.

SECTION IV. — *Licitation entre les seuls cohéritiers*

Un autre moyen a encore été proposé ; on a conseillé aux héritiers de ne pas admettre les étrangers à surenchérir, de sorte que l'indivision ne puisse se dénouer qu'au profit de l'un d'eux et qu'ils bénéficient des dispositions de l'art. 883. Mais ce moyen, de même que les

deux derniers que nous venons de passer en revue, ne pourra être employé que du consentement de tous les héritiers (Arg., art. 1687) et le mauvais vouloir de l'héritier tenu du rapport ou la présence d'un héritier mineur y mettra obstacle. En outre le créancier ayant hypothèque sur l'immeuble pourra certainement user du droit que lui confère l'art. 882 pour s'opposer à ce que la licitation s'effectue dans de telles conditions.

Ce moyen à encore ceci de commun avec les précédents qu'il offre à peu près les mêmes difficultés pratiques : l'un des cohéritiers ne pourra pas toujours se porter adjudicataire, sa situation de fortune le mettra souvent dans l'impossibilité de payer le prix de vente ou d'assumer les charges que lui occasioneront cet immeuble dans l'avenir : un commerçant ou un industriel ne sera sans doute nullement tenté d'immobiliser ses capitaux et un rentier hésitera à se rendre acquéreur d'une usine ou d'un établissement industriel. Dans bien des cas le cohéritier courra de trop gros risques en se rendant adjudicataire : il préférera laisser les étrangers prendre part à la vente.

SECTION V. — *Testament ou partage d'ascendants.*

De son côté le père de famille prévoyant pourra-t-il soustraire ses héritiers aux conséquences des actes de disposition de l'un d'eux ? Il pourra évidemment prendre la précaution de faire un testament (1). Mais d'ordi-

(1) *Gazette des Tribunaux* du 13 décembre 1896.

naire il rédigera ses dernières volontés sans être au courant de la situation financière de son héritier. Et même connaîtrait-il sa situation obérée ou son peu de scrupules, qu'il éprouvera pour faire son testament des difficultés considérables. Avec des héritiers en ligne directe, il devra tenir compte de la réserve et prendre soin de léguer la quotité disponible à ceux des cohéritiers qui ont droit au rapport ; mais le préjudice causé peut être souvent supérieur à la quotité disponible de la part de l'insolvable. S'il n'y a pas d'héritiers réservataires, on pourra léguer les immeubles à ceux des successeurs que l'on suppose les plus honnêtes ou les plus solvables, sous l'obligation de tenir compte aux autres de leur part en argent. Mais pour parvenir à une solution équitable, le testateur devra se livrer aux calculs les plus compliqués, ses prévisions laborieusement établies seront à la merci d'une modification imprévue dans la composition de son patrimoine. Enfin il est possible que l'héritier à qui il aura légué un immeuble ne puisse exécuter les diverses obligations dont il sera tenu vis-à-vis de ses cohéritiers ; et alors si, comme il a été conseillé, on stipule des clauses pénales ou legs subsidiaires au cas où l'héritier renoncerait aux dispositions dont il est bénéficiaire, il sera lui-même et injustement victime des précautions prises en sa faveur.

Le partage d'ascendant n'offrira pas non plus un moyen bien recommandable : il présente à peu près les mêmes difficultés pratiques que le testament, sans

compter qu'il est d'ordinaire une source de dissenti-
ments dans les familles.

En réalité, il n'est qu'une solution pour le père de
famille : c'est de vendre tous ses immeubles ; on ne
peut nier l'efficacité du procédé, et c'est, croyons-nous,
le seul éloge que l'on en puisse faire.

CHAPITRE III

DES DIVERSES RÉFORMES LÉGISLATIVES QUI ONT ÉTÉ PROPOSÉES EN VUE DE PROTÉGER LES HÉRITIERS.

Puisque les auteurs du Code civil n'ont pas su formuler les prescriptions nécessaires pour sauvegarder les droits des cohéritiers contre l'action des créanciers personnels de l'un d'eux et en raison de l'inefficacité des moyens proposés par les praticiens pour suppléer à l'insuffisance des textes, nous sommes amenés tout naturellement, avec la majorité des auteurs qui ont étudié cette grave question, à souhaiter une réforme législative.

Diverses modifications ont été proposées, mais elles ne paraissent pas toutes susceptibles de donner entière satisfaction.

SECTION I. — *Extension de la base du privilège du copartageant.*

On a prétendu que pour donner toute sécurité au cohéritier, il suffirait d'étendre les bases du privilège du copartageant, qui, avons-nous dit et d'après une opinion justement admise, est, tel qu'il résulte des dispositions actuelles du Code civil, inopérant pour protéger l'héritier en cas de licitation à un tiers.

M. Charbonnier expose ainsi son opinion à ce sujet (1) :
« Au lieu de garantir l'exécution du partage, le privilège du copartageant pourrait garantir l'égalité du partage. Il pourrait, par exemple, être inscrit dans les trois mois et quarante jours du fait qui a engendré l'indivision : inscrit dans ce délai, il rétroagirait au jour où commence cette indivision et il primerait les créanciers des héritiers, il porterait sur tous les biens tombés au lot des copartageants non débiteurs d'un rapport. Il perdrait ainsi son caractère actuel et au lieu de garantir l'exécution d'une convention, il protégerait le droit héréditaire. Inscrit après ce délai, il dégénérerait en hypothèque qui prendrait rang à sa date et serait opposable aux créanciers inscrits. »

Si nous nous reportons à ce que nous avons déjà dit du privilège du copartageant (2), il n'apparaît pas que la réforme telle que l'a proposée M. Charbonnier soit de quelque intérêt. Elle aura bien pour effet de faire cesser toute discussion sur le point de savoir si le privilège du copartageant garantit le paiement des rapports que les héritiers peuvent devoir à la succession, de même qu'il garantit les soultes ou retours de lots que les héritiers peuvent se devoir entre eux ; elle ne laisserait en outre aucun doute sur le moment où son inscription doit être prise, non plus que sur la date à laquelle rétroagit son effet, mais à s'en tenir aux termes mêmes employés par M. Charbonnier, nous ne voyons pas quel bénéfice il en

(1) *Les hypothèques sur part indivise*. Thèse 1906.

(2) Voir *supra*, page 102.

résulterait pour le cohéritier, en concours avec un créancier hypothécaire sur le prix d'un immeuble adjudgé à un tiers. Spécifier que le privilège du copartageant frappera tous les biens tombés au lot de l'héritier n'aura pas pour effet de modifier sensiblement l'interprétation aujourd'hui admise des art. 2103 et 2109. Car le seul point qui fasse difficulté en l'espèce est de savoir si la créance du prix de licitation constitue ou non un bien de succession et si, en tout cas, elle est susceptible d'une attribution comportant l'effet déclaratif du partage, sans lequel il ne peut être question de privilège et sans lequel aussi, il serait absolument anti-juridique de faire rétroagir son effet au jour de la naissance de l'indivision. Il faudrait, pour que la réforme soit efficace, modifier les art. 883 et 1220 et alors il serait inutile pour l'héritier d'user en l'espèce de son privilège.

SECTION II. — *Révision des articles 882-883 et 1220 du Code Civil.*

Dans un rapport à la Chambre des notaires, M^e Cotelle, avait conclu à cette nécessité de modifier les art. 883 et 1220 du Code Civil, et proposait de donner dans l'un un sens général au mot « effets » (1) et de rédiger l'autre de telle sorte que le cohéritier ne pût toucher avant par-

(1) Nous trouvons dans la *Gazette des Tribunaux*, du 13 décembre 1896, formulée la même proposition. Voir dans ce sens également : Baudouin, *Bulletin de la Société d'études législatives*, 1907.

tage sa part civile dans les créances de succession. Le Comité des Notaires des Départements s'était associé à ce projet, et avait demandé que le législateur spécifia en outre qu'en aucun cas les créanciers personnels d'un héritier ne pourront exercer leurs droits que sur la part nette revenant à leur débiteur dans la succession, dont il serait saisi, tous rapports et prélèvements opérés (1).

Puis en raison de la persistance de la Cour de cassation à sacrifier les droits du cohéritier à ceux du créancier dans chaque espèce qui lui était soumise, le Comité des Notaires avait repris ce projet de réforme, pour lui donner toute la précision qu'il jugeait convenable.

« Il faut, lisons-nous dans un rapport de M. Lefèvre (2), non seulement que le prix de licitation d'immeubles au profit d'un tiers jouisse dans un partage de l'effet déclaratif résultant de l'art. 883, mais encore que cet effet soit reconnu aux créances et aux autres valeurs mobilières successorales, soit qu'elles figurent au partage comme restées en nature depuis l'ouverture de la succession, soit qu'on y comprenne le montant de leur remboursement ou de leur aliénation opérés pendant l'indivision. Il faut également que l'héritier débiteur d'un rapport ne puisse, avant partage, disposer au préjudice de ses cohéritiers de sa part virile des biens successoraux, soit à son profit personnel, soit par cession à autrui et qu'en aucun cas, ses créanciers n'aient plus de droits que lui-même. Pour cela, il y a lieu d'élargir

(1) Circulaire n° 237.

(2) Circulaire n° 245.

l'application de l'art. 883, mais encore de modifier l'article 1220, en ce qui concerne la divisibilité des créances et l'art. 882, au sujet de la limite des droits des créanciers personnels d'un héritier vis-à-vis des cohéritiers de celui-ci. »

En conséquence, M. Lefèvre estimait qu'il y avait lieu : 1° d'ajouter à l'art. 882, l'alinéa suivant : *Ils n'exerceront leurs droits sur la part de leur débiteur, qu'après tous rapports et prélèvements opérés.*

2° D'ajouter également à l'art. 883, un alinéa ainsi conçu : *L'application de ce principe s'étend au produit de la réalisation de tous biens successoraux pendant l'indivision.*

3° De rédiger comme suit l'art. 1220 : *L'obligation qui est susceptible de division doit être exécutée entre le créancier et le débiteur comme si elle était indivisible. La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard de leurs héritiers suivant les règles établies au titre des successions.*

« En rayant de l'art. 1220, continue le rapporteur, la manière dont se divisent les créances et les dettes entre héritiers, pour renvoyer aux règles établies au titre des successions, nous effaçons de cet article la dérogation au droit commun que le législateur paraît avoir créée en ce qui touche les créances sans se rendre compte sans doute des conséquences pouvant en résulter (1). »

(1) La modification proposée de l'art. 1220, appelle une modification partielle de l'article suivant, que le Comité des notaires

Il semble bien que dans ce projet soumis à l'approbation du comité des notaires toutes précautions aient été prises pour sauvegarder, en l'espèce précise que nous avons étudiée, les droits du cohéritier.

Mais à d'autres points de vue il n'échappe pas à toute critique.

Par sa nouvelle rédaction l'art. 1220 fera cesser toute corrélation dans la manière dont se répartiront l'actif et le passif d'une succession, puisqu'il n'y aura rien de changer à la division *de plano* des dettes laissées par le défunt. Cela paraîtrait pour le moins peu logique.

Mais la modification essentielle, celle dont les autres ne sont que la conséquence, concerne l'art. 883. Or, si la fiction que consacre cet article doit s'étendre au produit de la réalisation de tous biens successoraux pendant l'indivision, il faudra admettre une théorie analogue à celle qu'a préconisée M. Mourlon et faire de tout acquéreur d'un bien de succession un ayant cause du défunt à tous égards. Nous n'avons pas à revenir sur les critiques déjà formulées contre ce système.

Si, reculant devant une interprétation aussi catégorique qu'imposerait cependant le nouveau texte, on s'en tient à la conception de MM. Demante, Demolombe et Aubry et Rau, tout acte de réalisation sera translatif

propose de faire commencer ainsi : *Le principe de la divisibilité à l'égard des héritiers du débiteur reçoit exception, 1^o.....* Il faut, en effet, supprimer de l'art. 1221, les mots « dans l'article précédent », puisque l'art. 1220, ne doit plus être considéré comme établissant un principe nouveau dérogeant au droit commun.

dans les rapports des héritiers et des tiers, déclaratif dans les rapports des cohéritiers entre eux ou avec leurs ayants cause.

Nous avons montré combien cette distinction était peu juridique, combien elle était même contradictoire, puisque le cohéritier tenu de l'obligation de garantie pour sa part virile pouvait, en réalité, n'être vendeur que pour une part moindre ou même nulle.

Il ne nous semble donc pas que les résultats auxquels aboutirait le projet de réforme que nous venons d'exposer soit de nature à en recommander la réalisation.

SECTION III. — *Abandon du principe qui régit dans notre droit la transmission des biens héréditaires.*

Outre les critiques déjà formulées, il est des raisons d'un ordre plus général qui nous font repousser toute modification de détail, pour souhaiter une réforme plus complète. C'est, croyons-nous, au principe même de la dévolution des biens héréditaires, qu'il faut remonter pour y rechercher ce qu'il comporte de défectueux. Le vice a été signalé et il réside dans la conception archaïque de la continuation de la personne du défunt par l'héritier. Cette idée vient du droit romain, et, si l'on en croit la majorité des auteurs, son origine se rattacherait à la transmission des *sacra privata*, dont il importait de continuer le culte, bien que la charge des *sacra* fût une charge essentiellement personnelle.

Cette fiction romaine de la continuation de la person-

nalité a joué un rôle considérable : Elle était, en effet nécessaire dans la conception primitive du rapport de droit qui ne pouvait exister qu'entre deux personnes ou entre une personne et une chose : le droit n'était donc en quelque sorte qu'une émanation de la personnalité. Le patrimoine composé d'un ensemble de droits de cette nature n'était pas susceptible de survivre à son propriétaire. De là la nécessité de recourir à cette fiction de la continuation de la personnalité pour assurer la transmission des droits et des obligations du défunt. « La loi en faisant par la continuation survivre la personne juridique à l'être humain qui en était revêtu, empêche l'extinction des droits dont elle était un des termes, prolonge l'existence de ces droits au-delà de la vie de l'homme pour ou contre lequel ils avaient été constitués (1). »

Mais il est, pour nous, inutile de recourir à ce détour pour expliquer la transmission des droits actifs et passifs du défunt à ses héritiers. « Ce résultat, nécessaire à la vie en commun, nous l'atteignons très simplement à l'époque actuelle par l'idée qu'après la mort du débiteur ses biens continuent à répondre de ses dettes et qu'après la mort du créancier, la créance n'en subsiste pas moins et demeure, comme elle était de son vivant, exécutive contre le débiteur. Mais cette idée qui nous paraît de nos jours si simple suppose déjà en réalité un développement avancé de l'esprit juridique. Elle implique que les

(1) Cazelles, *De l'idée de la continuation de la personne. Thèse* 1905.

obligations sont conçues comme portant sur les biens plus que sur la personne, que les droits et les obligations existent désormais d'une façon réelle, en quelque sorte, non plus comme l'émanation seulement d'une personnalité déterminée, mais comme facteurs économiques objectifs, détachés de la personne de leur titulaire et ayant eux-mêmes une vie propre. A la base d'une idée qui nous semble si naturelle aujourd'hui, il n'y a donc rien moins qu'une modification profonde et fondamentale de la notion du rapport de droit (1) ».

Non seulement il est inutile de recourir à la fiction de la continuation de la personnalité pour expliquer la transmission de l'hérédité, mais il faut bien reconnaître que la conservation de cette idée dans notre droit a eu des conséquences particulièrement funestes.

L'une des plus fâcheuses est, sans contredit, d'entraîner la division de plein droit de l'actif héréditaire entre chacun des héritiers, dans la mesure où ils sont censés représenter le défunt : c'est de là que vient toute la difficulté dans la question que nous avons étudiée.

Par suite de cette division de l'actif, chaque héritier se trouve saisi au jour du décès d'une quote part de la succession qui tombe immédiatement dans son patri-

(1) Percerou. *Revue trimestrielle*, 1905. Dans cette dernière partie de notre étude, nous devrions renvoyer à chaque page aux remarquables études de cet éminent professeur sur *La liquidation du passif héréditaire en droit français et la liquidation du passif héréditaire en droit comparé, spécialement en droit allemand*, qui ont paru dans la *Revue trimestrielle* de 1905 et dont nous nous sommes largement inspiré.

moine, de sorte qu'il peut en disposer comme bon lui semble et que le gage de ses créanciers se trouve augmenté d'autant. Dans une telle conception, le régime qui s'impose de lui-même, c'est pour les biens corporels le régime de l'indivision et quant aux biens incorporels, les dispositions de l'art. 1220 ne sont nécessaires qu'en raison des termes généraux de l'art. 883 qui pourraient faire douter de la divisibilité de plein droit des créances.

A la suite d'une transmission ainsi comprise des biens héréditaires, toute réalisation des valeurs en faisant partie ne peut être que translatrice de propriété ; chacun des héritiers cédant, soit à son cohéritier, soit à un tiers, les droits qu'il avait sur chaque parcelle d'une chose de succession, s'il s'agit de biens corporels, sur une quote part de la chose de succession s'il s'agit d'un bien incorporel. Le droit romain n'avait pas reculé devant les conséquences qui découlent logiquement et nécessairement du principe admis. Dans notre droit civil, nous trouvons comme palliatif l'art. 883 consacrant la rétroactivité de tout acte de réalisation entre copartageants et qui a pour effet d'effacer dans une certaine proportion les inconvénients qui résultent pour les héritiers du régime de la copropriété indivise auquel sont soumis les biens héréditaires corporels. Mais en matière de créances, l'art. 1220 a perpétué dans notre Code, sans que les art. 832 et 883 en aient modifié sensiblement les effets, la règle romaine : *Nomina inter heredes pro proportionibus hereditaris erecta cito sunt*, de sorte que si l'un des héritiers se trouve débiteur du défunt, les

autres cohéritiers seront obligés de subir, au moins sur la partie incorporelle des biens de succession, quel que soit le résultat du partage, le concours des créanciers personnels de l'héritier débiteur : de là la nécessité de donner à la théorie du rapport en moins prenant une portée pour le moins exorbitante du droit commun et peut-être peu justifiée au point de vue juridique.

Aussi, plutôt que de s'attarder à des modifications de détail des articles 882-883 et 1220, ne serait-il pas plus simple de s'attaquer au régime tel qu'il est consacré de la dévolution des biens héréditaires, afin d'empêcher que ces biens ne tombent, ainsi que nous venons de le dire, dans le patrimoine de l'héritier pour se confondre avec les siens propres dès avant que les opérations de liquidation ne soient terminées.

Par là, on éviterait non seulement la solution fâcheuse qu'impose le principe actuellement admis, en cas de conflit entre l'héritier et le créancier personnel de son cohéritier, mais on supprimerait en même temps toutes ces dispositions touchant la rétroactivité du partage, le rapport, la division des créances qui font de la matière des successions une des plus fécondes en difficulté qui soit dans notre Code, et sur l'interprétation desquelles la doctrine et la jurisprudence sont également hésitantes.

En outre, la division *de plano* de l'actif successoral n'est, avons-nous dit, que l'une des conséquences funestes auxquelles entraîne l'idée de la continuation de la personnalité du défunt ; il en est au moins deux

autres tout aussi regrettables : c'est la division *ipso facto* du passif héréditaire, et l'obligation pour l'héritier de supporter cette portion du passif *ultra vires successionis*.

En effet, les héritiers, propriétaires ou créanciers, dans la mesure où ils représentent le défunt, sont dans la même mesure débiteurs aux lieu et place de ce dernier. Le créancier du défunt devra donc poursuivre chacun des héritiers pour leur part et portion virile dans la dette héréditaire, et il se trouvera ainsi exposé à l'insolvabilité de l'un d'eux, bien que la succession puisse, en réalité, présenter un excédent d'actif ; mais, par contre, l'héritier devra acquitter intégralement la quote part de la dette qui lui est échue, même s'il ne prélève dans la succession qu'une part d'actif beaucoup moindre.

Il nous semble donc qu'à tous points de vue, il serait intéressant d'abandonner cette idée de transmission de l'hérédité de personne à personne *qui a fait son temps*, pour la remplacer par l'idée de transmission de patrimoine à patrimoine, bien plus conforme à la réalité, et qui découle de cette conception nouvelle du rapport de droit, que nous avons exposée.

C'est ce système que nous trouvons consacré dans le Code allemand par le régime de la *Gesammte Hand* ou copropriété en main commune, qui vient du droit coutumier germanique. Nous citerons les articles du Code allemand, particulièrement intéressants au point de

vue qui nous occupe, et concernant la liquidation d'une succession entre plusieurs héritiers.

« ART. 2032. — Lorsque le défunt laisse plusieurs héritiers, sa masse héréditaire devient le patrimoine commun des héritiers

« ART. 2033. — Chaque cohéritier peut disposer de sa part dans la masse héréditaire. Le contrat par lequel un cohéritier dispose de sa part doit être acté en justice ou par notaire. Un héritier ne peut disposer de sa part sur des objets isolés de la succession.

« ART. 2038. — L'administration de la masse héréditaire appartient aux héritiers en commun. Chaque cohéritier est obligé envers les autres de contribuer aux mesures nécessaires pour une administration régulière; chaque cohéritier peut prendre sans le concours des autres les mesures conservatoires nécessaires.

« ART. 2039. — Si la succession comprend un droit contre un tiers, l'obligé ne peut prêter qu'à tous les héritiers ensemble et chaque cohéritier n'a d'autre droit que d'exiger que la prestation soit faite à tous les héritiers : chaque cohéritier peut exiger que l'obligé consigne la chose pour tous les héritiers, ou si elle ne se prête pas à une consignation, qu'il la livre à un séquestre à établir en justice.

« ART. 2040. — Les héritiers ne peuvent disposer qu'ensemble d'un effet dépendant de la masse. Contre la créance dépendant de la masse, le débiteur ne peut opposer en compensation la créance qui lui appartient contre l'un des cohéritiers. »

Des dispositions du Code allemand, il résulte que la masse des biens de succession, tant qu'elle n'est pas liquidée, conserve son autonomie, elle reste une universalité indépendante arrêtée, cristallisée en quelque sorte en l'état où elle se trouvait au jour du décès; sous cette forme, elle est soumise non plus au droit personnel de chaque héritier qui peut l'exercer séparément

et pour partie, mais au droit collectif de tous les cohéritiers réunis qui ne peuvent l'exercer que collectivement (1).

Mais le Code allemand ne considère pas pour cela la masse successorale à l'état de propriété collective, comme douée de personnalité civile. « Cela tient, dit M. Percerou, à ce que la personnalité juridique proprement dite suppose dans la conception germanique la poursuite active d'un but, la création d'un organisme de production économique, tandis qu'il ne s'agit ici que d'une liquidation destructive, plutôt que créatrice d'un facteur économique actif. Mais comme les résultats que la loi rattache à l'idée de communauté ou copropriété en main commune (*Gesamnte Hand*) notamment l'indisponibilité de la part de chaque copropriétaire individuellement tant que dure l'indivision, sont considérés au contraire en France comme dérivant de la notion de copropriété morale, il n'y a rien d'excessif, nous semble-t-il, pour parler le langage de notre droit à dire... que l'hérédité forme, en droit allemand, sinon une personne civile proprement dite, du moins une sorte de personne civile à capacité restreinte aux besoins de la liquidation... »

Il est évident que sous ce régime, la liquidation s'effectuera au mieux des intérêts des héritiers, sans

(1) Si l'héritier ne peut disposer de sa part dans les divers effets de succession (art. 2040), il peut disposer de sa part dans toute la succession (art. 2032).

(2). *Revue trimestrielle*, 1905, page 253, note 2.

qu'il soit besoin de recourir à la fiction de l'art. 883, ni à la théorie du rapport, puisqu'ils ne peuvent pas disposer de leurs droits sur un des biens héréditaires avant que le partage ne soit consommé et qu'ils ne sont saisis de leur part qu'une fois leur dette payée à la succession.

Au point de vue du partage du passif les avantages ne sont pas moindres : le créancier du *de cujus* se fera payer de sa créance sur les biens laissés par ce dernier, sans avoir à redouter l'insolvabilité de l'un des successeurs, comme cela se passe en France et bien que l'hérédité prise en bloc eût suffi à désintéresser tous les créanciers. Quant à l'héritier, il n'est pas tenu *ultra vires successionis*, car tant que le partage n'est pas effectué, les créanciers ne peuvent se faire payer que sur l'actif de succession et afin de les appeler à produire dans un certain délai (6 semaines à 6 mois) le Code civil allemand a institué une procédure de convocation (*Aufgebotsverfahren*). S'il a été procédé à cet appel et après l'expiration des délais, la liquidation peut se terminer par un partage régulier et ce partage effectué, chaque cohéritier n'est tenu des dettes que pour sa portion virile et jusqu'à concurrence de ce qu'il recueille dans la succession. Ce n'est donc qu'en cas de retard de sa part, que le créancier pourra souffrir de l'insolvabilité de l'un des héritiers, puisqu'après le partage, il ne peut poursuivre chacun d'eux que pour sa part proportionnelle (1).

(1) C'est également sans avoir recours à l'idée de représentation du défunt par ses héritiers, que le droit civil anglais a orga-

Quelles critiques peut-on adresser à cette conception de la législation allemande ? On a dit (1) « que le fondement du droit successoral est la parenté, la communauté d'intérêt, et quoi qu'on en dise, une continuation de la personne du défunt ; le père se survit en ses enfants, par suite, ceux-ci sont tenus des droits actifs et passifs de leur père ; bénéficiaires de l'accroissement du patrimoine familial, ils doivent supporter et acquitter les obligations créées par leur père dans l'intérêt de la famille ».

S'il est permis de considérer la transmission des biens héréditaires comme un prolongement de la communauté de famille, il n'y a là qu'une idée philosophique peut-être discutable en elle-même, mais qui ne concerne en tous cas que le fondement du droit successoral : elle n'a rien de commun avec l'idée de la continuation de la personnalité, qui a justement été inventée,

nisé son régime de dévolution héréditaire. Mais le système anglais présente quelques complications par suite de la division du patrimoine en *real property* (immeubles venant des parents ou propres de notre ancien droit) et le *personal estate* (meubles et bien acquis par le défunt). Les immeubles propres sont administrés par l'héritier lui-même, quant au *personal estate*, il est soumis à un administrateur, nommé par le testateur en cas de succession testamentaire, par la Haute Cour s'il s'agit d'une succession *ab intestat*. Mais les héritiers ne seront appelés à se repartir l'une et l'autre masse de biens qu'une fois la liquidation terminée et le partage portera sur l'actif net de la succession : ce régime aboutit donc au même résultat que le régime allemand.

(1) Charbonnier, *op. cit.*, p. 163.

peut-on dire, pour donner une base juridique à la transmission des biens du défunt, qu'imposait un principe supérieur, tiré si l'on veut de la copropriété de famille (1). Mais nous avons vu qu'il était inutile de recourir à cette fiction et qu'il suffisait d'abandonner cette idée fausse et grossière de l'intransmissibilité des droits, pour la remplacer par celle beaucoup plus exacte et plus juridique de la transmissibilité de patrimoine à patrimoine.

On ne saurait non plus se laisser arrêter par cette obligation morale qui incombe à l'héritier d'acquitter intégralement les dettes du *de cujus*, puisque le successeur peut s'y soustraire par une acceptation sous bénéfice d'inventaire et il faut bien reconnaître qu'« au point de vue logique le bénéfice d'inventaire est inexplicable avec le principe de l'obligation *ultra vires*. Que vaut donc un principe que l'on supprime moyennant une simple formalité? En réalité le bénéfice d'inventaire n'est qu'une réaction empirique contre un faux principe (2).

De tout ce qui précède nous sommes donc amené à conclure que la seule solution complètement satisfai-

(1) Dans la conception moderne on est porté à justifier différemment le fondement de l'hérédité *ab intestat*, sur les affections présumées du défunt : c'est dans ce sens que Treilhard disait « la loi dispose pour ceux qui meurent sans avoir disposé » (Ferret, t. XII, p. 137).

(2) Jallu. *Essai critique sur l'idée de continuation de la personne*.

sante serait de réformer notre législation en matière de succession et de suivre la voie tracée par le Code allemand, de sorte que « tant que les comptes des héritiers entre eux ne sont pas réglés, aucun ne peut aliéner ou hypothéquer, au préjudice des droits de prélèvements susceptibles d'appartenir aux autres, sa part indivise dans l'actif héréditaire (1) ». Sans qu'il soit pour cela nécessaire de faire de la masse de succession une véritable personne morale, il suffirait d'appliquer des règles identiques à celles qui régissent la liquidation des sociétés douées de personnalité civile, et qui conservent cette qualité, après leur dissolution, mais seulement pour les besoins de la liquidation.

Ceci admis, le conflit qui a fait l'objet de notre étude ne serait plus susceptible de se produire et, à bien d'autres points de vue, ainsi que nous avons eu l'occasion de le faire remarquer, héritiers et créanciers n'auraient qu'à gagner à une réforme ainsi comprise. Outre ce que nous venons de dire des sociétés commerciales, il faut remarquer que ce ne serait pas tout à fait une nouveauté dans notre Code civil puisque déjà l'art. 2205 dispose que la part immobilière d'un héritier ne peut être saisie ni mise en vente, avant que le partage n'ait été effectué.

(1) Percerou. *Revue trimestrielle*, 1905.

TABLE DES MATIÈRES

GÉNÉRALITÉS	1
-----------------------	---

PREMIÈRE PARTIE.

Exposé de la doctrine et de la jurisprudence.

CHAPITRE I ^{er} . — 1 ^{re} Doctrine. Interprétation étroite de l'art. 883 du Code Civil.	9
CHAPITRE II. — 2 ^e Doctrine. Interprétation extensive de l'art. 883 du Code Civil	12
§ I. — Opinion de M. Mourlon.	12
§ II. — Opinion de MM. Demante, Demolombe, Aubry et Rau.	13
CHAPITRE III. — Jurisprudence antérieure à 1887.	16
CHAPITRE IV. — Jurisprudence de 1887 à 1907.	24
CHAPITRE V. — De la théorie des prélèvements.	37
CHAPITRE VI. — Arrêt des Chambres réunies du 5 décembre 1907.	42

DEUXIÈME PARTIE.

Recherche de la solution qu'impose les textes.

CHAPITRE I ^{er} . — De l'effet déclaratif du partage en cas de licitation au profit d'un tiers.	49
Section I. — Peut-on appliquer à la licitation au profit d'un étranger, les dispositions de l'art. 883 du Code civil.	49
Section II. — Peut-on appliquer à la créance du prix de licitation l'effet déclaratif du partage.	56
Section III. — Réfutation de l'objection tirée de la subrogation réelle.	66
CHAPITRE II. — Discussion des arguments tirés de la théorie des prélèvements.	71
Section I. — La solution du conflit est indépendante du principe déclaratif du partage.	71
Section II. — Des effets du rapport des dettes.	75

Section III. — De l'inefficacité du prélèvement même pour cause de rapport de dons sur une créance de succession en général et sur la créance du prix de licitation en particulier qui n'est pas une créance de succession. . . .	85
---	----

TROISIÈME PARTIE.

De l'utilité d'une réforme législative.

CHAPITRE I ^{er} . — Des arguments d'équité et des principes généraux du Code civil en faveur des héritiers. . . .	93
CHAPITRE II. — Existe-t-il un moyen efficace de sauvegarder les droits des héritiers.	103
Section I. — Privilège du copartageant.	103
Section II. — Partage du prix antérieurement à la licitation.	108
Section III. — Attribution en nature de l'im- meuble héréditaire.	113
Section IV. — Licitation entre les cohéritiers seuls. . . .	114
Section V. — Testament ou partage d'ascendant.	115
CHAPITRE III. — Des diverses réformes législatives qui ont été proposées en vue de protéger les héritiers.	118
Section I. — Extension de la base du privilège du copartageant.	118
Section II. — Révision des articles 882, 883 et 1220 du Code civil.	120
Section III. — Abandon du principe qui régit dans notre droit la transmission des biens hérédi- taires.	124
CONCLUSION.	134

Vu : *Le Président de la thèse,*

CH. MASSIGLI

Vu : *Le Doyen,*

LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

Paris. — Typ. A. DAVY, 52, rue Madame. — *Téléphone 704.19.*
